



universidad
de león

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Público

Programa de Doctorado: Responsabilidad jurídica. Estudio multidisciplinar

TESIS DOCTORAL

Prueba prohibida: Un dilema y algunas paradojas. Análisis de perspectiva.

Doctoranda: Dña. MARGARITA SIMARRO PEDREIRA

Directora: Prof. Dra. PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA

Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de León

Tutora: Prof. Dra. EVA ISABEL SANJURJO RÍOS

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal de la Universidad de León

León 2019

ÍNDICE

ÍNDICE.....	1
ABREVIATURAS	8
INTRODUCCIÓN	10

CAPÍTULO I- PRUEBA, VERDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES

I- PERSPECTIVA FINALISTA DE LA PRUEBA COMO BÚSQUEDA DE LA VERDAD: LA VERDAD FRENTE A LA CERTEZA	12
---	----

II- PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA PRUEBA: DE LAS ORDALÍAS Y TORTURAS AL GARANTISMO PROCESAL	21
---	----

1- LA ORDALÍA, BREVE HISTORIA	23
-------------------------------------	----

1.1- Ordalías entre los romanos	25
---------------------------------------	----

1.2- Ordalías entre los Germanos	26
--	----

1.3- Ordalías en España. Época Medieval	30
---	----

2- LA TORTURA	38
---------------------	----

3- LA CONFESIÓN: LA PRUEBA ESTRELLA	48
---	----

4- EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS: LOS SISTEMAS INQUISITIVO/ DISPOSITIVO.....	55
--	----

5- ACTIVISMO FRENTE A GARANTISMO.....	59
---------------------------------------	----

III- EL DERECHO A LA PRUEBA. CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.....	65
--	----

1- DOCTRINA CIENTÍFICA	67
------------------------------	----

1.1- Fuentes y Medios de Prueba	72
---------------------------------------	----

1.2- Prueba Preconstituida y Prueba Anticipada	77
--	----

2- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL	82
-----------------------------------	----

2.1- La Doctrina del Tribunal Constitucional.....	82
---	----

2.2- La Doctrina del Tribunal Supremo	85
---	----

CAPÍTULO II- ANÁLISIS CONTEXTUALIZADO DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

I- ANTECEDENTES: LA SITUACIÓN EN EEUU	87
1- CONSIDERACIONES PREVIAS	90
1.1- El papel de la <i>Bill of Rights</i>	90
1.2- La estructura del Proceso Penal Norteamericano	92
1.3- La elección de los Jueces en la Corte Suprema Federal: Liberales vs. Conservadores	102
A- El inicio (1886- 1952)	105
B- “La Corte Warren” (1953- 1969)	110
C- “La Corte Burger” (1969- 1986)	113
D- “La Corte Rhenquist”. La era de las excepciones (1986- 2005)	119
E- El declive de la <i>Exclusionary Rule</i> (2005- actualidad)	122
II- PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA: DESDE BOYD VS. US (1886) HASTA UTHA VS STRIEFF (2016)	128
1- <i>THE FRUIT OR THE TAIN OF THE POISONOUS TREE DOCTRINE</i>	136
2- LAS EXCEPCIONES	138
2.1- Excepciones que afectan a <i>The Fruit or the Taint of the Poisonous Tree Doctrine</i>	140
A- La Fuente Independiente (<i>Independent Source</i>)	140
B- El Descubrimiento Inevitable (<i>The Inevitable Discovery Doctrine</i>)	143
C- La Conexión Atenuada (<i>Purged Taint o Attenuated Connection Doctrine</i>)	145
2.2- Excepciones que afectan a la prueba directa	147
La Buena Fe (<i>The Good Faith Excepcion</i>)	147
2.3- Excepciones que afectan a momentos procesales específicos	149

A- Excepción de Tacha (<i>Impeachment Exception</i>)	149
B- Error Inocuo (<i>Harmless Error Exception</i>)	151

CAPÍTULO III- EL INICIO DEL FIN Y EL FUTURO DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN ESPAÑA

I- ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA: EL INICIO	153
1- CUESTIONES CONCEPTUALES Y TERMINOLÓGICAS	153
2- EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL.....	160
2.1- El origen	166
2.2- La eficacia refleja de la prueba prohibida	176
II- EL PRESENTE (I): LAS EXCEPCIONES	181
1- EXCEPCIONES QUE AFECTAN AL EFECTO REFLEJO DE LA PRUEBA PROHIBIDA	182
1.1- La Fuente Independiente	182
1.2- El Descubrimiento Inevitable	184
1.3- El Hallazgo Casual	187
1.4- El Nexo Causal Atenuado	190
1.5- La Conexión de Antijuridicidad	191
1.6- La Confesión voluntaria del imputado	195
2- EXCEPCIONES QUE AFECTAN A LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA PRUEBA PROHIBIDA	200
2.1- La Buena Fe	200
2.2- La entrada de nuevas excepciones: Pruebas obtenidas por particulares y la ponderación de interes	202
III- EL PRESENTE (II): ESPECIAL REFERENCIA A LA EXCLUSIÓN PROBATORIA EN LA PRUEBA TECNOLÓGICA	204
1- PARTICULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO PROBATORIO EN EL ÁMBITO DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA	204

1.1- Acceso a las Fuentes de Prueba. Las nuevas medidas de investigación en la LECrim	209
1.2- La Cadena de Custodia.....	230
1.3- Incorporación al Proceso y Valoración de la Prueba	240
2- LOS DERECHOS EN CONFLICTO	249
2.1- El Derecho a la Intimidad vs Derecho al Secreto de las comunicaciones	249
2.2- El Derecho a la Protección de Datos	255
2.3- Los nuevos Derechos Tecnológicos	260
IV- EL FUTURO: CAUSAS DEL DECLIVE	264
1- LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA: EL EFECTO DISUASORIO	265
1.1- Efectos	266
1.2- La nueva excepción “excepcional”. Pruebas obtenidas por particulares. La Lista Falciani, STS 116/2017, de 23 de febrero	270
1.3- La ponderación de intereses	276
A- La ponderación de intereses como criterio jurisprudencial	276
B- La ponderación de intereses ¿justificación implícita de la validez de la exclusión de la prueba prohibida?: La STS 587/2014, de 18 de julio, el Caso Bretón	281
1.4- La ruptura de la cadena de custodia como posible excepción	287
2- UNA VISIÓN DE FUTURO ALTERNATIVA.....	290
CAPÍTULO IV- CONCLUSIONES.....	301
CAPÍTULO V- BIBLIOGRAFÍA	314
CAPÍTULO VI- WEBGRAFÍA.....	330

CAPÍTULO VII- ANEXO JURISPRUDENCIAL	334
I- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS	335
1- SENTENCIAS INFLUYENTES DE LA JURISPRUDENCIA INGLESA.....	335
2- SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA FEDERAL RELATIVA A LA <i>EXCLUSIONARY RULE</i>	335
3- JURISPRUDENCIA DE OTROS TRIBUNALES DE ESTADOS UNIDOS RELATIVA A LA <i>EXCLUSIONARY RULE</i>	343
4- SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA FEDERAL RELATIVAS A CUESTIONES PROCESALES, POLÍTICAS Y SOCIALES	344
II- JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y DE TRIBUNALES DE PAISES EUROPEOS	346
1- SENTENCIAS DEL TEDH RELATIVAS A LA TORTURA	346
2- SENTENCIAS RELATIVAS A LA PRUEBA ELECTRÓNICA.....	347
3- SENTENCIAS RELATIVAS A LA PRUEBA PRECONSTITUÍDA.....	348
4- SENTENCIAS DE OTROS PAÍSES EUROPEOS	348
III- JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES ESPAÑÓLES.....	349
1- JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA VERDAD FORMAL/MATERIAL. 349	
1.1- Tribunal Supremo	349
1.2- Tribunales Superiores de Justicia	350
2- JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA TORTURA	350
2.1- Tribunal Constitucional	350
2.2- Tribunal Supremo	351

3- JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA CONFESIÓN	351
3.1-Tribunal Constitucional	351
3.2- Tribunal Supremo	352
4- JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA PRUEBA PRECONSTITUIDA Y A LA PRUEBA ANTICIPADA.....	353
4.1- Tribunal Constitucional	353
4.2- Tribunal Supremo	356
5- JURISPRUDENCIA RELATIVA AL DERECHO A LA PRUEBA.....	357
5.1- Tribunal Constitucional	357
5.2- Tribunal Supremo	359
6- JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA	360
6.1- Tribunal Constitucional	360
6.2- Tribunal Supremo	365
6.3- Audiencias Provinciales	374
7- JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA PRUEBA ELECTRÓNICA	374
7.1-Tribunal Constitucional	374
7.2- Tribunal Supremo	377
7.3- Audiencias Provinciales	383
8- JURISPRUDENCIA RELATIVA A LOS DERECHOS EN CONFLICTO EN RELACIÓN CON LA PRUEBA ELECTRÓNICA	383

8.1- Derecho a la Intimidad	383
A- Tribunal Constitucional	383
B- Tribunal Supremo.....	386
8.2- Derecho a la Protección de Datos	387
A- Tribunal Constitucional	387
B- Tribunal Supremo	387
8.3- Derechos Tecnológicos	388
A- Tribunal Constitucional	388
B- Tribunal Supremo	389
9- JURISPRUDENCIA RELATIVA A OTROS TEMAS	389
9.1 Principio de no indagación	389
9.2 Cadena de custodia	390

ABREVIATURAS

AN - Audiencia Nacional.

AP - Audiencia Provincial.

ATS - Auto del Tribunal Supremo.

art/arts - Artículo/artículos.

BGHS - Bundesgerichtsof (Tribunal Federal Supremo de Alemania).

CD - Compact Disc.

CE - Constitución Española.

CEDH - Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Coord - Coordinador, coordinadores.

CPT - Comité Europeo para la prevención de la tortura.

CP - Código Penal.

Dir - Director, directores.

DSL - Digital Subscribe Line.

Ed - Editorial, editor.

EEUU - Estados Unidos.

FJ/FFJJ - Fundamento Jurídico/Fundamentos Jurídicos.

IMEI - International Mobile Equipment Identity.

IMSI – International Mobile Subscriber Identity.

IP - Internet Protocol.

LEC - Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECrím - Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LO - Ley Orgánica.

LOPJ - Ley Orgánica del Poder Judicial.

nº - número.

n.p - nota al pie.

Ob.Col - Obra Colectiva.

op. cit - Obra citada.

Pág/págs - página/páginas.

RD - Real Decreto

Rev- revista.

Secc - Sección.

SMS - Short Message Service.

STS/SSTS - sentencia/sentencias del Tribunal Supremo.

STC/SSTC - sentencia/sentencias del Tribunal Constitucional .

TEDH - Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TC - Tribunal Constitucional.

TS - Tribunal Supremo.

TSJ – Tribunal Superior de Justicia

UE - Unión Europea.

Vol - Volúmen.

INTRODUCCIÓN

El tema de la prueba prohibida está íntimamente ligado al problema que suscita la tensión entre la búsqueda de la verdad en el proceso, más acusado en el ámbito penal, y la garantía de los derechos fundamentales que, en definitiva, se manifiesta en la sociedad enfrentando la seguridad de la colectividad a la libertad del individuo.

A pesar de que la búsqueda de la verdad en el proceso pudiera ser considerada como una cuestión que se incardina más en el ámbito filosófico del concepto propiamente dicho de la verdad, y por lo tanto teorizado, es indudable que en la práctica es de suma importancia puesto que constituye un claro reflejo de los valores éticos básicos que rigen la situación sociopolítica de un Estado, en un momento histórico determinado, al evidenciar el nivel de protección reglada de los derechos fundamentales que se advierte en sus normas reguladoras de los procesos, principalmente penales.

La relación entre prueba, verdad y derechos fundamentales es evidente puesto que la primera persigue hallar a la segunda pero con las limitaciones impuestas por el respeto hacia los terceros por eso es indispensable, para tratar el tema de la prueba prohibida, como cuestión previa, abarcar el estudio del concepto de prueba como punto de partida para que, una vez precisado en relación a la verdad y ubicado en el contexto de los derechos fundamentales, concretar el objeto específico del tema de estudio.

El concepto de prueba no es un concepto específicamente jurídico. En nuestra actividad cotidiana utilizamos el significado del vocablo “prueba” por instinto en el sentido dado por la Real Academia Española en su segunda acepción como “razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo”. En efecto, en nuestro día a día estamos constantemente razonando y argumentando para demostrar nuestras posiciones, así lo describe BENTHAM. J al decir que “el manejo de los asuntos domésticos se desarrolla enteramente sobre pruebas; nuestras más frívolas diversiones, suponen las más sutiles aplicaciones”¹.

Coexisten, por tanto, en nuestra sociedad dos nociones acerca de la prueba: una común que es la que empleamos habitualmente en todos los aspectos de la vida y una

¹ BENTHAM. J: “Tratado de las Pruebas Judiciales”. Vol I. Traducida por Ossorio Florit. M. Ediciones Jurídicas Europa- América. 1971, pág 22

técnica que, dependiendo de la ciencia de que se trate, será diferente y esa noción técnica o especial es la que se aplica en el Derecho y de la que nos vamos a ocupar a lo largo de todo este trabajo, tratando de analizar el propio origen histórico de la misma para llegar a una comprensión objetiva de su propia evolución en el aspecto más garantista constituido por la prueba prohibida. En esa evolución no podemos perder de vista el dilema que se plantea en relación con la basculación existente entre el Garantismo y la búsqueda de la verdad material, la paradoja de aplicar una misma solución a sistemas jurídicos diferentes: el estadounidense perteneciente a la escuela del *common law* al recepcionar las bases del derecho inglés y el español influenciado por el sistema jurídico romano cuya consecuencia se ancla en la distinta prelación de las fuentes que, a su vez, desemboca en otra paradoja aún más expresa: la utilización de un precepto claramente garantista, como es el art. 11.1 de la LOPJ, para ejercer el poder punitivo del Estado a través de su interpretación por parte de los órganos judiciales y, por último, todo ello desde la perspectiva de la comparación entre uno y otro sistema atendiendo, igualmente, a la perspectiva temporal del pasado, el presente y la proyección de futuro.

CAPÍTULO I- PRUEBA, VERDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES

I- PERSPECTIVA FINALISTA DE LA PRUEBA COMO BÚSQUEDA DE LA VERDAD: LA VERDAD FRENTE A LA CERTEZA

La prueba es, sin duda, una de las instituciones más relevantes en el Derecho Procesal constituyendo uno de los pilares fundamentales del proceso, entendido éste como instrumento de resolución de conflictos mediante el cual las partes someten sus pretensiones a la decisión de un tercero² y en el que exponen los argumentos a favor y en contra de las posturas encontradas para determinar los hechos se en que se fundamentan las pruebas.

En el plano de la finalidad de la prueba procesal existen dos corrientes teóricas diferenciadas que sitúan, como eje fundamental de ese propósito, a la verdad (como elemento objetivo definitorio de la realidad) o a la certeza (en este contexto la prueba no se orientaría a la búsqueda de la verdad sobre las afirmaciones de las partes sino a promover la certeza en el juzgador sobre las alegaciones de una de ellas o el convencimiento del juez sobre sus afirmaciones, convencimiento como aspecto psicológico subjetivo y, por lo tanto, alejado de la búsqueda de la verdad ya que esas afirmaciones son sobre unos hechos que pudieron existir o no) siendo preciso realizar una distinción somera entre ambos conceptos desde el punto de vista filosófico: la verdad es objetiva y depende de la realidad de los hechos, y la certeza es subjetiva, fruto de la psicología del que tiene que apreciar los hechos. En otras palabras, verdad es “lo que es en sí, autónomamente” y certeza es “lo que es para la conciencia, lo concebido”³.

Esta distinción es importante puesto que en el ámbito de la primera postura los hechos de la realidad constituirían el objeto fundamental de la prueba y sería en ese contexto en el que la prueba prohibida ha adquirido, sobre todo históricamente en los

² BUSTAMANTE ALARCÓN. R: “El Derecho Fundamental a un proceso justo – llamado también debido proceso- artículo publicado en “Proceso& Justicia” *Revista del equipo de Derecho Procesal del Taller de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*.2000. El autor considera el proceso como un “mecanismo eficaz de solución y prevención de conflictos que no sólo proscibiera el ejercicio ilegítimo de la acción directa, es decir, la justicia por la propia mano, sino que, además, hiciera remoto y hasta imposible el retorno a épocas primitivas en las que se defendía un derecho o se imponía un interés mediante el uso exclusivo de la fuerza”, pág. 1.

³ CUARTANGO. R: “Hegel, filosofía y modernidad”. Ed. Montesinos. 2005, pág. 79

procesos penales inquisitivos, su justificación, por un lado, y su limitación a través de la evolución que han sufrido los derechos fundamentales, por otro, mientras que dentro de la segunda corriente serían las afirmaciones (en sí mismas) de las partes las que comprenderían el núcleo central de la prueba y en el que la prueba prohibida carecería de sentido y sería fruto de un error en el convencimiento del juzgador, bien en la aplicación normativa, bien en la apreciación de las afirmaciones de las partes.

El enfoque de ubicar a la prueba en el ámbito de la obtención de la certeza o la convicción por parte del juzgador de los hechos controvertidos en el proceso es relativamente reciente, si bien hay autores que en el siglo pasado ya consideraban que la finalidad de la prueba era proporcionar al juez la convicción de la certeza de los hechos⁴, sobre todo en referencia al proceso civil, es en la actualidad donde va cobrando más fuerza la opinión que separa el fin de la prueba de la búsqueda de la verdad y la centra en la certeza o el convencimiento del juez sobre los hechos.

En este sentido, algunos autores⁵ califican de error la postura de atribuir a la finalidad de la prueba la búsqueda de la verdad ya que se traslada al ámbito del Derecho Procesal los problemas del ámbito filosófico relativos a la verdad siendo el más importante de ellos la imposibilidad de obtener una verdad absoluta, por lo que el fin de la prueba sería “inalcanzable o irrealizable”, para otros⁶ la prueba consiste en verificar

⁴ Entre ellos nos encontramos a SHÖNKE. A que definía la prueba como “la actividad de las partes y del Tribunal encaminada a proporcionar al juez la convicción de la verdad o falsedad de los hechos”. SHÖNKE. A: “Derecho Procesal Civil”. Trad. Prieto Castro. L y Cabrera Claver J.M. Ed. Bosch. 1950, pág. 198.

LESSONA. C por su parte define el acto de probar como “hacer conocidos para el juez los hechos controvertidos y dudosos, y darle la certeza de su modo preciso de ser”, sin embargo utiliza el vocablo “certeza” no como diferenciador de la “verdad” si no como, entendemos, un símil del mismo ya que al establecer la distinción entre prueba y presunción atribuye a aquella la facultad de atestiguar la verdad de un hecho de modo directo y a ésta de un modo indirecto. LESSONA. C “Teoría General de la Prueba en Derecho Civil o exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc..” Traducción de Enrique Aguilera de Paz. “Parte General, confesión e interrogatorio”. Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y publicaciones S.A. 1957, pág. 3.

GOLDSCHMIDT. J considera que “el fin de la prueba es lograr el convencimiento del juez siendo la verdad que se persigue solo relativa, es decir, simple verosimilitud, debe sustituirse el patrón objetivo para apreciarla por uno subjetivo: el convencimiento del juez” GOLDSCHMIDT. J. “Derecho Procesal Civil” Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales. Ed. Labor 1936, pág. 256

⁵ MIRANDA ESTAMPRES. M “La mínima actividad probatoria en el proceso penal” Ed. Bosch. 1997, pág. 36

⁶ SENTIS MELENDO. S: “La Prueba. Los grandes Temas del Derecho Probatorio” Ed. Jurídicas Europa-América. 1979, pág 38. De la misma opinión es MATHEUS LÓPEZ. C.A, que considera que la prueba constituye el procedimiento de probar o acreditar los hechos afirmados, nombrando autores que comparten dicho criterio como GUASP o PRIETO CASTRO. MATHEUS LÓPEZ. C.A: “Sobre la

las afirmaciones de las partes cuyo contenido son los hechos y, por último hay quien considera que la certeza que se persigue mediante las pruebas es de carácter moral ya que existe una gran probabilidad de que los hechos recogidos en la resolución del juzgador sean los que más se acerquen a la realidad⁷.

En el ámbito del proceso civil se considera que la función última de la prueba civil no puede ser la búsqueda de la verdad, porque lo que se persigue en este proceso es la tutela de los derechos de las partes conforme a las normas que rigen el proceso y que, ya encuadrada la finalidad en la certeza de las afirmaciones de las partes, diferencia la “certeza objetiva” referida a la existencia de una norma que ampare la valoración y “certeza subjetiva” cuando la valoración se produce por el juez a través de las reglas de la sana crítica⁸ o que la finalidad de la prueba no es la búsqueda de la verdad, si no buscar el convencimiento del juez sobre las alegaciones de las partes o sobre la aplicación de las normas legales relativas a la prueba o, a falta de éstas, sobre su propio convencimiento psicológico⁹. Así en el ámbito civil se exige un nivel inferior de certeza por parte de los tribunales para declarar un hecho probado, es suficiente un “más flexible standard de certeza referido a la probabilidad preponderante o prevaleciente, que consiste en que, tras la prueba de un hecho, su existencia ha de aparecer a los ojos del Juez como más probable que su inexistencia”, que en el ámbito penal.¹⁰

función y el objeto de la prueba” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Núm 55. 2002, pág. 323

⁷ Entre ellos OLIVER MAESTRE. S.J “Prueba, proceso civil y verdad, Derecho positivo, filosofía y lógica” *Diario jurídico La Ley* nº 7128.2009

La distinción entre “certeza absoluta” y “certeza moral” ha sido duramente criticada por TARUFFO. M al considerar que el error más común entre los juristas consiste en la existencia de una gran confusión en la utilización de los términos verdad y certeza llegando incluso a sustituir ésta por aquella y señala “Es evidente que el recurso a adjetivos como “absoluta” o “moral” no evita el error en cuestión: el uso de estos adjetivos sugiere, a lo sumo, que se espera que el juez consiga un grado elevado de certeza, o bien que él debe estar “moralmente” convencido de aquello que piensa (subsistiendo, obviamente, la incertidumbre respecto de qué sea una certeza “moral”)”. TARUFFO. M, “Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos” traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Ed. Marcial Pons. 2010, pág. 104.

⁸ MONTERO AROCA. J: “La prueba en el proceso civil” Ed. Civitas. 7ª edición. 2012, págs. 48- 58

⁹ SANJURJO RIOS. E: “El procedimiento probatorio en el ámbito del Juicio Verbal. Adaptado a la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial”. Ed. Reus, 2010, pág. 28.

¹⁰ GONZÁLEZ GRANDA, P: Ob, Col. (CORTÉS DOMÍNGUEZ. V, DAMIÁN MORENO. J, GONZÁLEZ GRANDA. P, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN. P, PÉREZ DEL BLANCO.G)“Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC” en “Carga de la Prueba y Responsabilidad Civil” . Ed.Tirant lo Blanch 2007, págs. 43-44

En el ámbito del proceso penal BARONA VILAR. S¹¹ supedita la verdad de los datos aportados al proceso al convencimiento psicológico del juez, opinión ya mantenida con anterioridad por ROSENBERG. L¹² quien subordina la verdad de las afirmaciones realizadas por las partes al convencimiento del juez basado en las pruebas, posturas que significarían, a nuestro entender, que estaríamos ante una verdad condicionada por la subjetividad y, por lo tanto, más encaminada a la certeza según la diferenciación aludida.

Para ubicar la prueba prohibida y su evolución seguiremos a la Doctrina, más tradicional, y a la que el legislador no ha sido ajeno quedando reflejada en el art. 726 de la LECrim., que atribuye a las pruebas la función de ser un instrumento para la búsqueda y determinación de la verdad de los hechos, y que desde la percepción decimonónica de BENTHAM. J¹³ y FRAMARINO DEI MALATESTA. N¹⁴ ha sido seguida por varios autores cuyo estandarte se encuentra en el concepto epistémico proclamado por TARUFFO. M¹⁵ que atribuye al concepto de prueba un sentido amplio comprensivo de cualquier dato de conocimiento, de procedimiento o de medio que lleve a la determinación de la verdad sobre los hechos.

Siguiendo a TARUFFO. M, RODRIGUEZ SALÓN. R¹⁶ considera que uno de los objetivos institucionales del proceso es la verdad de los hechos reconstruidos a través de las pruebas y que luego constituirán la motivación de las resoluciones judiciales.

¹¹ BARONA VILAR. S: “Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal” Ed. Tirant lo Blanch. 23ª edición. 2015, pág. 374

¹² ROSENBERG. L: “Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo II”. Traducción de la 5ª edición de la obra alemana “Lehrbuch des deutschen zivilprozessrechts” C.H Beck’sche Verlagsbuchandlung. München und Berlin. 1951. Traducido por Ángela Romera Vera. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1955, pág. 201.

¹³ BENTHAM. J, op. cit, pág. 30.

¹⁴ FRAMARINO DEI MALATESTA. N: “La lógica de las pruebas en materia criminal” Tomo I. Ed. Temis. 2002

¹⁵ TARUFFO. M: “Simplemente la verdad”, op. cit, págs. 155 y ss. El autor en su artículo “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad” en *Revista Prueba y Conocimiento* nº3. 2003, págs. 15-41, considera a la prueba como el instrumento del que se sirven, por un lado, las partes para verificar sus afirmaciones y el juez, por otro, para tomar la decisión acerca de su verdad o falsedad.

¹⁶ RODRÍGUEZ SALÓN. R: “La prueba de los hechos, una discusión jurídica y epistemológica” en *Revista Semanal de Filosofía Práctica Dikaiosyne* nº 25. 2010, págs. 124 y siguientes

Otros autores¹⁷ dan por supuesto que la finalidad del proceso es determinar la verdad de los hechos en aras a obtener una decisión final justa, señalando que la verdad se relaciona con los hechos y la prueba con un conjunto de elementos de juicio que otorgan razones suficientes para aceptar los hechos e, igualmente así es considerado por la doctrina italiana en relación con la aplicación de las normas jurídicas a la verdad de las premisas que sirven de base en las sentencias judiciales¹⁸ y que la prueba es la comprobación de la verdad de una proposición afirmada¹⁹.

En el mismo sentido de atribuir al proceso una función epistémica sobre la base de la prueba como eje fundamental del descubrimiento de la verdad, se encuentra la doctrina norteamericana entre la que destacan LAUDAN. L²⁰ relacionando la verdad con el error en las decisiones judiciales, ALLEN. R y LEITER. B²¹ cuyos planteamientos en torno a la *law of evidence* se centran en esa metodología como conocimiento de los hechos basados en las pruebas.

Esta distinción entre verdad y certeza como finalidad de las pruebas está asociada en la tradición procesalista a los conceptos de verdad material, que se ha ubicado en el ámbito del proceso penal y verdad formal o procesal, más centrada en el proceso civil, diferenciación surgida para superar la discusión de cuál es la verdadera finalidad de la prueba y que se atribuye a los autores alemanes²², es decir, si en un proceso se busca llegar a la verdad real, objetiva o, en palabras de FERRAJOLI. L²³, a la verdad aproximativa siendo ésta la que se refiere al estado del conocimiento y

¹⁷ BOUZAT.A, CANTARO. A.S: “Verdad y prueba en el proceso acusatorio” en *Discusiones: Revista Prueba y Conocimiento* n° 3 .2003, págs. 67-80

¹⁸ CARACCILO. R. “El problema de los hechos en la justificación de las sentencias” en *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho Isonomía* n°38. 2013, págs. 13-34

¹⁹ CARNELUTTI. F: “La Prueba Civil” traducción de Alcalá-Zamora y Castillo. Ed. Depalma. 1982, pág.43. Para CARNELUTTI. F lo que se tiene que probar es un juicio, no un hecho, es el juicio lo que se pone a prueba y ese juicio se realiza después de “haber visto y tocado”, es decir, “no podemos tener la certeza de que algo es sin saber qué cosa es” CARNELUTTI. F: “Derecho y Proceso”.(Traducción de Santiago Sentís Melendo del volumen italiano “Diritto e Processo”, publicado por Moranó Editore, Nápoli 1958) Colección Ciencia del Proceso. ED. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1971, pág. 143.

²⁰ LAUDAN. L: “Truth, error and Criminal Law. An essay in legal epistemology” Cambridge Studies in Philosophy and Law. Cambridge University press. 2006.

²¹ ALLEN. R, LEITER. B: “Naturalized epistemology and the law of evidence” en *Virginia Law Review* volume 87 n° 8. 2001

²² Entre ellos VON CANSTEIN, PAGENSTECHE, WACH y otros que aparecen en la tradición procesalista como los creadores de la distinción entre verdad formal y verdad material.

²³ FERRAJOLI. L: “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal” Ed. Trotta 1995, pág. 50

experiencias de las cosas sobre las que se habla, aquellos conocimientos confirmados que tenemos.

Ciertamente en los modelos históricos de procesos penales inquisitivos se utilizaba la búsqueda de la verdad material, como diferenciada de la verdad formal, para justificar y avalar la utilización de todas las pruebas al margen de la licitud o legalidad en su forma de obtención sobre la base de que los principios procesales que rigen en el ámbito penal, la libre valoración de la prueba, son muy diferentes a los que gobiernan en el civil, la prueba tasada o legal, y aún hoy así lo ha venido reconociendo nuestro Tribunal Supremo en diversas sentencias referidas no sólo al orden jurisdiccional penal, entre ellas STS 291/1991 de fecha 5 de junio en la que en su FJ Primero se señala: “Es cierto que en el proceso civil impera sobre todo la verdad formal, que obliga a un excesivo pero necesario formalismo en el que la verdad real sustantiva y la aparente procesal a veces no coinciden.

Es cierto, por el contrario, que en el proceso penal la verdad material y la tramitación de oficio, por encima del puro principio dispositivo, permiten otro ámbito, otras libertades procesales, que en ningún caso son ilimitadas. Hay pues supuestos, como acontece en la casación, en los que las partes se deben someter a reglas inexcusables en tanto que uno de los postulados del juicio penal es la lealtad procesal, junto a la buena fe”²⁴ y en referencia al recurso extraordinario de revisión el TS se ha pronunciado en el sentido de que este recurso “Representa el triunfo de la verdad material frente a la verdad formal amparada por los efectos de la cosa juzgada” FJ Segundo de la STS 75/2016 de 10 de febrero²⁵. También en lo que respecta al orden civil sobre todo en materia de derecho de familia STS 409/2015 de 17 de julio, referida a un divorcio, en cuyo FJ Tercero se señala “El artículo 752 de la LEC altera el principio procesal de aportación de parte, pudiendo el Tribunal acordar de oficio las pruebas que tenga por conveniente, pues se trata de alcanzar en estos procesos la verdad real frente a la formal, más propia de los procesos civiles regidos por un principio dispositivo puro. Tal facultad no solo es predicable para el órgano judicial de la primera instancia sino que se extiende de acuerdo con lo dispuesto en el art. 752.3 de la LEC , a la segunda

²⁴ Igualmente las SSTs: 1504/2003 de fecha 25 de febrero, 83/2005 de 2 de marzo, 482/2012 de 5 de junio y 869/2015 de 28 de diciembre

²⁵ En el mismo sentido: STS 1007/2012 de 21 de diciembre, STS 321/2015 de 20 de mayo y entre otras.

instancia, con amplia libertad de aportación de pruebas. Como recoge la STS 749/2012 de 4 de diciembre”.

Igualmente la STS 382/2013 de 31 de mayo relativa a filiación en la que se recoge la doctrina de ese Tribunal relativa a que en los procesos de filiación prima la búsqueda de la verdad material frente a la formal pero sin olvidarse de los principios que rigen el proceso civil.

En el orden Social se ha venido reconociendo la diferenciación entre verdad formal y material tanto por el TS como por los diversos Tribunales Superiores de Justicia²⁶, entre ellas STS 442/2014 de 3 de febrero en relación al principio de contradicción en la que se expone en el FJ Único: “Sucede, pues, como acontecía en asuntos similares resueltos por esta Sala (entre otras, SSTS 10-5-2005, R. 6082/03 ; 17-7-2008, R. 2929/07 ; 26-6-2013, R. 2083/12 ; 3-12-2013, R. 3049/12), en los que pudiera no coincidir verdad material y verdad procesal, que, según se advertía en la primera de las mencionadas resoluciones, "la proyección de esta realidad en el proceso es diferente y en esa discrepancia entre la verdad material y la procesal debe primar esta última a efectos de la contradicción, ya que no se comparan los hechos en sí mismos, sino los hechos tal como aparecen acreditados en las sentencias y si éstas deciden sobre apreciaciones fácticas distintas, no habrá contradicción a efectos doctrinales, que es la que interesa en este recurso, aunque puede haberla respecto a la versión de los hechos, que quedan fuera de la finalidad unificadora del presente recurso””.

Sin embargo esta distinción ha sido duramente criticada por algunos autores empezando por CARNELUTTI. F²⁷ para quien la verdad solo es una y por lo tanto ambos tipos son coincidentes.

²⁶ En relación al principio de intermediación en el proceso laboral la STSJ de Galicia 3586/2016 de 6 de junio en la que se trata el problema de la intermediación como una manera de “establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los artículos 316 , 326 , 348 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , debiendo limitarse el Tribunal Superior a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho precisamente para cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error sufrido por el Juez "a quo". Y en el mismo sentido la STSJ de Cantabria 550/2016 de 7 de junio

²⁷ Este autor señala: “es bien fácil observar que la verdad no puede ser más que una, de tal modo que, o la verdad formal o jurídica coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad” CARNELUTTI. F: “La prueba civil”. Op. Cit, pág. 21

Siguiendo la estela de CARNELUTTI. F el propio TARUFFO. M²⁸ que, aun siendo un gran defensor de la verdad como finalidad indudable del proceso, considera que no existen varios tipos de verdad sino solo una y las reglas que rigen la admisión, práctica y valoración de las pruebas solo son condiciones para buscar la verdad pero siempre siendo ésta la misma, relegando las limitaciones de las reglas probatorias del proceso civil a que su resultado sea la obtención de una “verdad limitada o incompleta o – en los casos más graves – no se determina ninguna verdad”, por lo tanto el problema no es la verdad, sino los límites a la prueba que establecen las normas..

En definitiva, y a pesar de los criterios de nuestros Tribunales, la distinción entre verdad formal o procesal y verdad material o real está superada y en la actualidad empieza a cobrar fuerza la concepción epistémica de la finalidad de la prueba como búsqueda de la verdad pero en el sentido otorgado por TARUFFO. M²⁹ como “racionalmente cognoscible y demostrable” y encuadrada dentro del “garantismo procesal” entendida la verdad en ese marco como un derecho fundamental que pertenece a las partes superando los límites del proceso y, por tanto, configurándose “como una categoría autónoma en la actividad probatoria”³⁰.

Si bien es cierto que hay dos premisas importantes que no hay que obviar: la primera, que la obtención de la verdad y el respeto a los derechos fundamentales están en pugna constante, sobre todo en el ámbito del proceso penal en el que la prueba es determinante a la hora de establecer una condena o una absolución y cuya solución jurisprudencial tradicionalmente ha sido sopesar, por un lado, el valor otorgado a la protección de la verdad (mediante la admisión de pruebas prohibidas) y, por otro, a la

²⁸ TARUFFO. M: “Simplemente la verdad.”, op. cit, pág. 101. Igualmente Devis Echandía. H considera que sólo hay una verdad y que lo que varía es la forma de investigarla. DEVIS ECHANDÍA. H: “Compendio de la Prueba Judicial” Tomo I. Rubinzal-Culzoni editores. 2007, pág. 17

²⁹ TARUFFO. M: “Simplemente la verdad”, op. cit, pág. 95. En esta obra el autor considera que es la concepción epistémica de la verdad planteada ya por DEWEY y que ha resurgido con fuerza citando a diversos autores como MICHEL DUMMET para quien “la verdad de un enunciado corresponde a su *warranted assertability*, es decir, a la existencia de justificaciones válidas para considerar que un enunciado es verdadero” y en el mismo sentido a GOLDMAN en “Knowledge in a Social World” y a NORRIS. C en “Epistemology. Key Concepts in Philosophy”.

³⁰ UREÑA CARAZO. B: “Derechos Fundamentales Procesales” Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2014, págs. 235-236. En el análisis que la autora realiza de estos derechos configura a la verdad como un verdadero derecho fundamental de las partes distinguiendo en relación a los hechos afirmados por las partes dos concepciones: una concepción “reduccionista” identificándola con la verdad formal y una concepción “garantista” más moderna y que considera la verdad como “un derecho *previo, conditio sine qua non*, que legitima a los demás derechos, y que exige el deber correlativo del juez de motivar suficientemente en su decisión los hechos”.

protección del derecho vulnerado (mediante la exclusión de las mismas), normalmente valiéndose de criterios como la gravedad del delito que se enjuicia, la importancia del derecho vulnerado, el interés público en juego etc.. para realizar esa ponderación.

La segunda, que lo que para unos constituye un medio para llegar a la verdad mediante la garantía de los derechos procesales frente a la arbitrariedad del Estado, para otros esas mismas garantías de los derechos representan un obstáculo difícil de salvar para llegar a la verdad y por lo tanto propugnan una restricción de los mismos. También es cierto que la verdad y el respeto a los derechos fundamentales son dos valores independientes que integran la idea de justicia como fin de cualquier proceso judicial, enmarcado en un escenario en el que operan otros factores destinados a satisfacer múltiples objetivos sin que la búsqueda de la verdad sea el primordial.

Por lo tanto coincidimos con LOPEZ BARJA DE QUIROGA. J³¹ en afirmar que en los tiempos en los que nos encontramos no se puede atestiguar de forma absoluta que la tradición jurídica basada en averiguar “siempre y en todo caso” la verdad material, sea la que garantice que se obtenga la justicia, sobre todo en el ámbito penal, sino que las limitaciones que se establecen en torno a la prueba son con fines garantistas para conservar y defender los principios superiores del ordenamiento de un Estado de Derecho y no como una “denegación o con una inexistencia del valor justicia en esa sociedad”. Y es que, como reza la Sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 14 de junio de 1960: “No hay principio alguno del Ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio”³²

Por consiguiente, y a efectos del estudio de la prueba prohibida, hemos asentado el concepto de prueba desde la perspectiva de la epistemología y dentro de la moderna concepción del “garantismo procesal” fundamentado en la constitucionalización del Derecho Procesal, en relación con los principios y reglas que rigen en los procesos como base de las garantías recogidas en nuestra Carta Magna referidas a los derechos fundamentales, y que tiene como principal valedor de la teoría a FERRAJOLI. L³³

³¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. J: “Instituciones de Derecho Procesal Penal”. Ed. Jurídica DE CUYO. 2001, pág. 249

³² BGHS 14, 358, 365

³³ FERRAJOLI. L, op. cit. La base de la teoría del garantismo propugnada por FERRAJOLI en su obra “Derecho y Razón” consiste en establecer un modelo en el que se tutelan los derechos subjetivos recogidos en las leyes y, sobre todo y ante todo, en las normas constitucionales que regulan los procesos

seguido por una amplia corriente de procesalistas, fundamentalmente de América Latina, Italia y España.

Sin embargo, y pese al auge de esta nueva corriente, históricamente y en Europa no podemos hablar de un sistema probatorio en el que primaran los derechos de los presuntos culpables. Por eso es necesario retroceder en el tiempo y volver la mirada hacia los distintos sistemas de la antigüedad, tanto los judiciales como los extrajudiciales, para llegar a una comprensión más profunda de cómo a lo largo de los tiempos se ha producido un cambio sustancial en nuestra sensibilidad con respecto a la prueba y que se ha encaminado hacia el respeto a los derechos humanos y como la prueba prohibida ha pasado de ser una mera necesidad para obtener una respuesta de lo que fuera “verdad” a cualquier precio y por cualquier medio, a ser una “lacra” hiriente en los sistemas democráticos actuales.

II- PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA PRUEBA: DE LAS ORDALÍAS Y TORTURAS AL GARANTISMO PROCESAL

Históricamente la búsqueda de la verdad, como objetivo fundamental de la prueba en los procesos a través de los que se intentaba dirimir una controversia, ha constituido uno de los elementos más característicos y definitorios de los sistemas judiciales a lo largo de todas las épocas.

Tradicionalmente se ha considerado que los sistemas judiciales son un fiel reflejo de la cultura, la política, la ideología, la ética, y la religiosidad de la sociedad en la que se enclava y especialmente las normas, ya sean regladas o consuetudinarias, que rigen el régimen de la prueba tanto en los procesos civiles como en los penales, siendo en estos últimos en los que más se evidencian las creencias de la comunidad.

En la actualidad si volvemos la mirada hacia el pasado y observamos cómo se decidía quién ganaba o perdía una disputa judicial civil o penal (distinción que durante mucho tiempo no estuvo nada clara) mediante los resultados de la ejecución de unas pruebas en las que la mano de Dios estaba siempre presente, nos provoca asombro y

penales (aunque no limita el ámbito del garantismo al derecho penal, sino que también lo atribuye a las esferas del derecho social o patrimonial) frente al ejercicio arbitrario del poder punitivo de un Estado.

rechazo pudiendo calificar a los sistemas probatorios como irracionales y absurdos, sin embargo hay que tener en cuenta la época en la que se emplearon y los sistemas institucionales y políticos que regían entonces³⁴ y sin perder de vista en ningún momento que, salvo en épocas antiguas de las que no tenemos conocimiento, siempre han estado regulados y judicializados por el poder político y, por lo tanto, con validez legal dentro del sistema.

Las ordalías y las torturas eran los métodos, unas veces judiciales y otras extrajudiciales, dependiendo de la época, empleados para llegar a la averiguación de la verdad sobre un hecho y forman parte de la propia evolución histórica de las pruebas judiciales³⁵, constituyendo el primero una verdadera prueba que determinaba la resolución de un litigio y el segundo un instrumento anejo a la prueba de confesión judicial y ambos considerados, debido a la evolución tanto de los sistemas políticos y judiciales como a la de la conciencia colectiva cada vez más comprometida con el respeto a los derechos humanos (lo que es considerado por algunos autores como “fenómeno de racionalización del Derecho³⁶”) pruebas prohibidas en nuestros días.

³⁴ TARUFFO. M: “Simplemente la verdad”, op. cit, págs 16-17. Taruffo considera que el calificar a las ordalías como medios de prueba irracionales es fruto de “el error usual de interpretar eventos pasados con criterios modernos” ya que las ordalías parecen racionales por ser coherentes con la cultura reinante en la sociedad de la época y funcionalmente eran útiles como manifestación del poder coercitivo de los sistemas políticos.

³⁵ DEVIS ECHANDÍA. H: “Teoría general de la prueba judicial. Tomo I”. Ed. Víctor P. de Zavalía. 2002, págs.55-56 Tradicionalmente se han distinguido cinco fases en la evolución de la prueba judicial:

- a. La fase primitiva o, según DEVIS ECHANDÍA. H, étnica, correspondiente a las sociedades en formación y que divergía en características según el lugar en el que se aplicaran
- b. La fase religiosa o mística del Derecho Germánico primero y canónico después
- c. La fase legal en la que la prueba se sometía a una valoración previa
- d. La fase sentimental surgida en la Revolución Francesa y que sostiene la libre valoración de la prueba
- e. La fase científica que es la que impera en la actualidad.

Las ordalías y tormentos pertenecerían a la fase mística y posiblemente las ordalías, ya que su origen es incierto, también a la fase étnica

³⁶ MONTORO BALLESTEROS. A: “Conflicto Social, Derecho y Proceso” en *Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho*. Universidad de Murcia, nº 20. 1993, pág. 20. En este artículo el autor señala que la evolución, el perfeccionamiento ético, lógico y técnico del proceso está marcada por la concepción del proceso fuera del carácter sacro del mismo ajena a los obstáculos de carácter mágico o supersticioso y de las prácticas irracionales. En la actualidad las bases del Derecho se asientan en la racionalidad y en la secularización con conocimientos más técnicos, rigurosos y una “técnica jurídica más precisa y depurada”.

A lo largo de la historia ambos sistemas de resolución de conflictos han pasado por varias etapas, desaparecido y reaparecido y en ocasiones conviviendo aunque de forma inestable y con características comunes³⁷ ya que, aunque en la tortura no se dejaba expresamente la solución del asunto a la divinidad, como ocurría en las ordalías, mantenían tanto en la forma como en las creencias una idea de justicia divina puesta de manifiesto en la llamada “purga de la infamia” en la que se demostraba la inocencia a través de la resistencia al dolor y, en muchos casos de la historia más negra de la humanidad, fue utilizada invocando el nombre de Dios.

El estudio de ambos institutos nos lleva a reflexionar por una parte sobre la importancia de la manera en que las sociedades han adaptado sus normas para dar soluciones a posturas irreconciliables entre las partes de acuerdo con los medios conocidos y disponibles en cada etapa histórica y por otra sobre nuestra propia vivencia actual, desde el punto de vista procesal, en la que aún queda mucho camino por recorrer en el ámbito de la exclusión/inclusión probatoria.

1- LA ORDALÍA, BREVE HISTORIA

Las Ordalías o Juicios de Dios han sido calificados, tanto por historiadores como procesalistas, como un sistema práctico judicial utilizado en épocas en las que la aventura de llegar al conocimiento de la verdad se dejaba en manos del poder divino manifestado en el resultado de la práctica probatoria, único recurso disponible para zanjar disputas.

³⁷ Ya BECCARIA. C en 1764 al criticar la tortura la asemejaba a las ordalías al decir: “Este infame crisol de la verdad es un monumento aún de la antigua y bárbara legislación, cuando se llamaban Juicios de Dios las pruebas del fuego y del agua hirviendo y la incierta suerte de las armas; como si los eslabones de la eterna cadena que tiene su origen en el seno de la primera causa debiesen en cada momento desordenarse y deslazarse por frívolos establecimientos humanos. La diferencia que hay entre la tortura y el fuego y el agua hirviendo, es solo que el resultado de la primera parece que depende de la voluntad del reo, y el de la segunda de lo extrínseco de un hecho puramente físico; pero esta diferencia es solo aparente y no real”. BECCARIA. C, “Tratado de los Delitos y de las Penas” *The Figuerola Institute. Legal History*. Ed. Universidad Carlos III de Madrid. 2014, pág 41

Así para TARDE. G³⁸ las ordalías simplemente son los “peritajes divino-legales del pasado”, para LOPEZ BARJA DE QUIROGA. J³⁹ eran sencillamente un medio de prueba al que era sometido el acusado y en el que la inocencia se manifestaba a través de la comparecencia de Dios. Para MORENO RESANO. E⁴⁰ eran unos procedimientos probatorios diferentes a los testificales o documentales.

Sin Embargo, para otros autores la ordalía no era un sistema de valoración de prueba, si no simplemente un mecanismo de resolución de conflictos porque el juez no llegaba a percibir los resultados de la actividad probatoria al dejar ese resultado al azar o a la voluntad divina, como es la opinión de ALEJOS TORIBIO. E.M⁴¹ o eran una prueba de acto o de palabra con contenido moral que otorgaba juicio divino mediante el conocimiento práctico del hombre sin que tuvieran ningún aspecto jurídico según OLSON. T⁴² o atribuyéndoles carácter funcional como TARUFFO. M⁴³ que considera que la función de las ordalías era simplemente ser un medio para resolver conflictos sin que estuviera dirigido a un tribunal si no a la contraparte o para HASSEMER. W⁴⁴ que atribuye a las ordalías la característica de constituir un sistema avanzado de imputación al establecer “una conexión entre una persona y el mundo exterior” que es lo que precisamente intenta resolver la teoría de la imputación, si bien hoy en día desfasadas por los presupuestos que conllevan las ordalías: demasiado fuertes y poco fiables.

³⁸ TARDE. G: “La Criminalité Comparée”. Paris: Librairie Félix Alcan 1924. 8^a édition, pág 76. Texto original: “Les ordalies étaient les expertises *divino-légales* du passé”.

³⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J: “Instituciones de Derecho...”, op. cit, pág. 248

⁴⁰ MORENO RESANO. E: “Observaciones acerca del uso de las ordalías durante la Antigüedad Tardía (Siglos IV-VII d.C)” en *Cuadernos de Historia del Derecho* n° 21. 2014, págs. 167-170. El autor define la Ordalía de un modo genérico como “ el procedimiento observado con el fin de dirimir un litigio al margen de los medios probatorios habituales, que podía aportar pruebas concluyentes si no las había testimoniales o documentales, o, simplemente, zanjar una discusión que, de otro modo, se antojaba irresoluble”, pág. 170.

⁴¹ ALEJOS TORIBIO. E. M: “Valoración Probatoria Judicial: alcances sobre la evolución de sus sistemas en la prueba penal” en *Derecho y Cambio Social*. Año 1, núm. 37, 2014, págs. 7 y 8.

⁴² OLSON.T: “Of Enchantment: The Passing of the Ordeals and the Rise of Jury Trial” en *Syracuse Law Review*, 50. L. Rev 109. 2000. Texto original: “ For purposes of this article, "ordeal" is best defined as a test of deed or word, fraught with moral danger that yielded the Deity's judgment mediated through man's practical wisdom. To begin with, there was nothing distinctly juridical about the ordeal”.

⁴³ TARUFFO. M: “Simplemente la verdad”, op. cit, pág 17.

⁴⁴ HASSEMER. W: “Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal” (traducción de Muñoz Conde, F y Díaz Pita M.M) Ed. Temis. 1999, págs 93 y ss

Sea cual sea la postura acerca de las ordalías lo cierto es que estuvieron presentes en nuestra historia y fueron utilizadas tanto como acuerdos “interpartes” como justicia social, como sucedió en la época romana tardía o como verdaderas pruebas judiciales por mor de la influencia del Derecho Germánico en la posterior época del Medioevo, siendo el tiempo y la cultura en los que se realizaban el marco diferenciador entre la consideración de ser auténtica prueba en el aspecto judicial o no y siempre partiendo de la base de que en la antigüedad los conceptos que hoy conocemos en Derecho Procesal como juicio público, juicio privado, fuentes y medios de prueba, autotutela y muchos otros no estaban claramente definidos y se confundían pero siempre teniendo presente con la misma finalidad: determinar la culpabilidad o inocencia de una persona.

1.1- Ordalías entre los romanos

El origen de las ordalías o juicios de Dios es incierto, de todos los pueblos que históricamente han hecho uso de ellas nos vamos a centrar en aquellos que han influido, con sus costumbres y sus normas, en nuestra historia. Hay noticias de haber sido utilizadas entre los romanos pero sin que tuvieran valor procesal alguno, no se las otorgaba una finalidad judicial sino más bien una finalidad social: demostrar la honradez de la persona que se sometía a la prueba.

Ejemplo de ordalías de las que hubiera testimonio es la del agua caliente, contenida en el Panegírico latino del año 310 dedicado al emperador Constantino⁴⁵ en el que el autor del mismo conmina al emperador a visitar por segunda vez el templo dedicado a Apolo Grauno (Dios de la Verdad) informándole de los rituales ordálicos que allí se celebran y que consistía en que el que era acusado de perjurio debía beber de las aguas calientes termales que discurrían por el templo, si las aguas le eran inocuas significaba que era inocente y, por lo tanto, había dicho la verdad, si por el contrario le hacían mal se le consideraba culpable de mentir (actitud muy reprobable para los romanos) ante la sociedad.

⁴⁵ MORENO RESANO. E, op. cit, págs 161 y ss

Otra de las ordalías en las que se utilizaba el agua caliente como ritual era la del caldero⁴⁶ mediante la cual se vertía agua en un caldero de bronce y se ponía a calentar hasta la ebullición, en ese momento se introducía un anillo que tenía que ser recuperado por las partes que estaban en liza. Quien lo recuperara sin lesión era el que demostraba su inocencia.

Desde los siglos IV, V y VI en la Roma cristianizada y, posiblemente, con gran influencia germana, se utilizaba la declaración o juramento ante reliquias. El procedimiento era muy simple, se realizaba en los templos que albergaban las reliquias de algún santo y se conminaba a las partes a una comparecencia ante ellas con la finalidad de proceder a la práctica de la prueba testifical en la creencia de que, ante los restos de la santidad, la verdad afloraría por boca del presunto culpable.

Sin embargo, y a pesar de los escasos documentos en los que se recogen este tipo de prácticas entre los romanos, no se puede considerar a la ordalía como una prueba judicial con acogida en el Derecho Romano.

1.2- Ordalías entre los Germanos

Cuestión muy diferente ocurría en el mundo germano en el que eran consideradas como determinantes a la hora de finalizar un litigio, teniendo su origen en la tradición los germanos las utilizaron de muy diversas formas en función del pueblo al que pertenecían⁴⁷.

El proceso germano se concebía como una batalla entre las partes, por ese motivo la prueba adquiriría una importancia suprema. Eran las partes las que determinaban la

⁴⁶ MORENO RESANO. E, op. cit, págs 172 y 173. El autor al hablar de la ordalía del caldero manifiesta sus dudas en cuanto a que el hecho descrito por el obispo franco Gregorio de Tours en su obra “La Historia Francorum” fuera histórico. En un pasaje el eclesiástico describe la ordalía del caldero que se disputa entre un presbítero arriano y un diácono católico para lograr saber quien de los dos estaba en posesión de la verdad acerca de los dogmas de la Trinidad. Sin embargo no le cabe ninguna duda de que dicha ordalía se practicaba en la Roma cristianizada por la cantidad de detalles que Gregorio describe en su exposición.

⁴⁷ Así, por ejemplo, la ordalía del duelo era utilizada por los burgundios, lombardos, alamanos, bábaros, turingios, frisonos, sajones, ostrogodos, francos salios y ripuarios, mientras que la ordalía del caldero era conocida por los francos ripuarios, francos salios y visigodos. MORENO RESANO. E, op. cit, págs 178 y también aparece en la obra de MITRE FERNÁNDEZ. E: “Mentira frente a verdad en las disputas medievales entre católicos y heréticos” en *Ilu. Revista de Ciencia de las Religiones num. 16*. 2011, pág 193.

prueba a realizar, deciden sobre el proceso y es en el momento probatorio donde se manifiesta esa importancia de la intervención de los contendientes, la mayor parte fuera del entorno del tribunal.

Lo característico del procedimiento germano era que la sentencia, denominada *Beweisurteil*, era dictada por el tribunal antes de que se practicara la ordalía, en la que se determinaba qué pruebas y por quien debían ser practicadas una vez analizadas las demandas y defensas de las partes⁴⁸.

La ordalía era un medio de prueba residual que se utilizaba cuando las testificales, las documentales o los juramentos sobre los hechos objeto de disputa no aportaban un resultado claro, entonces se emitía la sentencia en la que se establecía qué ordalía, y por quien se debía practicar, por eso no siempre era necesaria o se sustituía por los juramentos de las partes o, incluso, se utilizaba cuando el juramento realizado por una parte no era admitido por la otra.

Entre los germanos, si bien la práctica difería mucho de unos pueblos a otros, las ordalías más utilizadas eran las siguientes:

El duelo, quizás sea la ordalía más documentada entre los germanos y la que pervivió en el tiempo en nuestro país, por la influencia del Derecho Germano, durante la Edad Media. El duelo aparece recogido en la *Lex Burgundionum* o *Liber Legum Gundobadi*⁴⁹ del año 502 de nuestra era en la que se afirma que si alguien conoce la verdad no dude en impugnar el falso testimonio retando a duelo al perjurio con la

⁴⁸ TARUFFO, M: “Simplemente la verdad”, op. cit, pág 18.

⁴⁹ Ley 45 de la Ley de los Burgundios y precepto 8,2: “*ad nos dirigitur Dei iudicio commitendi*”. MORENO RESANO. E, op. cit, pág 179. ALVARADO PLANAS. J: “El problema del Germanismo en el Derecho Español. Siglos V-XI”. Ed. Marcial Pons 1997, pág 144. La ley de los Burgundios dice así: “(..) *Vt si pars eius, cui oblatum fuerit iusiurandum, noluerit sacramenta suscipere, sed aduersarium suum ueritatis fiducia armis dixerit posse conuinci, et pars diuersa non cesserit, pugnandi licentia non negetur. Ita ut unus ex iisdem testibus, qui ad danda conuenerant sacramenta, Deo iudicante confligat: quoniam iustum est, ut si quis ueritatem rei incunctanter scire se dixerit, et obtulerit sacramenta, pugnare non dubitet. Quodsi testis partis eius, quae obtulerit sacramenta, in eo certamine fuerit superatus, omnes testes qui se promiserant iuratos, trecenos solidus multae nomine, absque ulla indiciarum prestatione, cogantur exsoluer*”.

(...) *Si la parte de a quien hubiera prestado juramento no quisiera aceptar la jura, sino que afirmara que podía ser convencido por su adversario de la fidelidad a la verdad mediante las armas, y la otra parte no se arredrara, que no se niegue el permiso para luchar. Así, que uno de los mismos testigos, que hubieran sido convocados para prestar juramento, que se bata bajo el juicio de Dios. Porque es justo que no dude en luchar quien afirma sin vacilar que sabe la verdad de la causa, y ofrece juramento. Pero si el testigo de la parte que ofrece el juramento fuera vencido en ese combate, todos los testigos que se comprometieran a jurar (por él), que sean obligados a satisfacer una multa a título de trescientos sueldos, sin (la posibilidad de) presentar ninguna otra prueba*

seguridad de que saldrá victorioso de la lid en virtud de la ayuda divina. En la *Lex Baiwariorum* (los *Decreta Tassilonis*) se prohibía que los luchadores que se iban a enfrentar en un duelo se sirvieran de artes mágicas o sortilegios. Por su parte la *Lex Alamaannorum* regulaba el duelo como un sistema en el que se manifestaba, antes de la contienda, la justicia divina a través de la victoria⁵⁰.

En la *Lex Ripuaria* (siglos VI o VII) se contemplaba el duelo con carácter subsidiario, solamente cuando una de las partes rechazaba la sentencia del séptimo juicio ante una asamblea que actuaba como tribunal se celebraba la ordalía entre los contendientes.

En otras normas germánicas, y también con carácter residual, como en el *Edictum Rhotari Regis* de los lombardos (siglo VII) se obligaba al acusador a someterse a duelo cuando acusaba sin fundamento a una mujer de ser prostituta o fornicadora si persistía en la calumnia después de haberse retractado mediante juramento y de haber pagado la multa correspondiente.

Hay que tener en cuenta que en el Derecho Germano se permitía la posibilidad de que el acusado fuera representado por un tercero a la hora de la práctica de la ordalía, sobre todo cuando lo que se trataba de defender era el honor de una mujer o de un familiar.

La ordalía del caldero, llamada también caldaria, cuyo procedimiento era muy similar al utilizado por los romanos: se introducía un objeto, normalmente un saco con piedras, en un caldero con agua hirviendo y si el sometido a la prueba salía ileso era inocente de los cargos que pesaban sobre él.

Esta ordalía aparece documentada en diversos textos legales germanos como en la *Lex Sállica* del siglo VI en la que se recogía su práctica con carácter subsidiario, cuando no había testificales o cuando el acusado no aceptaba el laudo y su valor como prueba iba unido al que se le pudiera dar a los juramentos de los testigos que avalaban al acusado

⁵⁰ “*Cui tu iustitia, illia donet Deus victoriam*” *Lex Alamannorum* 81 “*Ille involavat in fanone et ponat siglillum et comendet in manu fidele usque ad constituto placito. Tunc spondeant inte se pugna duorum. Quando parati sunt in medio et tangant ipsa terra cum spatias suas quis pugnare habebunt, et testificent Deum creatorme, tu, cuit sit iustitia, illi donet Deus victoriam, et pugment*”

También aparece en la *Lex de los francos Ribuarios*, en la *Lex Cannava*, en un *Decreto de Chiperico I*, Rey franco del siglo VI, en el que la prueba se reservaba a los testigos que hubieran cometido perjurio en juicio, en la *Lex Frisionum* en la que se establecía para los delitos de robo, tanto para los acusados como para los acusadores, y en las *Leges Liutprandi* del siglo VIII⁵¹. A partir del siglo IX esta ordalía se reserva para los siervos, ya que el duelo es considerado más adecuado para los nobles.

La ordalía de las suertes es la menos documentada⁵² y solía utilizarse, normalmente de forma subsidiaria o complementaria a la ordalía del caldero, al duelo o al juramento, para elegir testigos fiables en un proceso o encontrar al culpable en el caso de que hubiera varios sospechosos. La práctica consistía en utilizar varias ramas de las cuales una estaba señalada con el signo de la cruz, se esparcen en el altar de un templo y el sacerdote las va eligiendo al azar. Las ramas que no contenían la cruz eran signo de ser sospechoso, por eso se repetía el rito hasta que el grupo quedara reducido a una sola persona.

El juramento. Entre los germanos era utilizado bien con carácter previo a la realización de cualquier prueba bien con carácter subsidiario a las demás ordalías (como en el resto de ordalías se utilizaba en ausencia de otras pruebas o cuando éstas eran

⁵¹ ALVARADO PLANAS. J: op. cit, págs. 133 y ss. MORENO RESANO. E, op. cit, pág 184 y ss. De la *Lex Sállica* se recoge en la num. 53,6 la posibilidad de evitar someterse a la prueba a cambio de realizar un juramento con conjuradores y al pago de una suma de dinero. También se recoge en la 18 y en la 42. En la *Lex de los los francos Ribuarios* 35, 5 (31) y 32 (30). En la *Lex Cannava*, 46 y 48. En la *Lex Frisionum* 3. VIII. En las *Leges Liutprandi* 50.

⁵² La ordalía de las suertes aparece descrita por Tácito en “La Germania” donde describe las costumbres de ese pueblo. En el num. 10 Tácito recoge las suertes pero como un medio adivinatorio practicado por los germanos, no como una ordalía, sin embargo en la *Lex Frisionum* 14, 1 se recoge el mismo rito pero ya con una finalidad ordalía. Según IGLESIAS FERREIRÓS. A en su obra “El proceso del Conde Bera y el problema de las Ordalías” en *Anuario de Historia del Derecho español* núm. 51. 1981, págs 6 y ss, al analizar el origen germánico de las ordalías y la interpretación que se ha hecho por diversos autores como GRIMM J, a través de su estudio “*Deutsche rechtsaltertümer*” de 1854 en el que interpreta la obra de Tácito como una de las fuentes para atribuir el origen germánico a las ordalías, considera que no se puede concluir que Tácito estuviera describiendo una ordalía como tal. Para IGLESIAS FERREIRÓS “no es suficiente afirmar que entre el empleo de los auspicios y el empleo de las ordalías existe un paso muy pequeño; es necesario demostrar que los germanos dieron ese paso” pág 10, por eso rechaza la idea de que con la obra de Tácito se justifique la existencia de algunas ordalías como la de las suertes entre los germanos.

En nuestra opinión La diferencia entre la concepción de las suertes como auspicio, tal y como recoge Tácito en su obra, o como sistema probatorio basado en ordalía, como recoge la mencionada ley germana, puede no ser tan trascendental ya que entre los romanos no se concebía a la divinidad como juez supremo si no que existía la figura del sacerdote como mediador entre lo divino y lo humano, por eso es posible que Tácito al observar el rito concluyera que eran artes adivinatorias más acordes con el pensamiento romano de la época, porque cada uno interpreta la realidad conforme a sus vivencias.

dudosas o poco fiables) o bien como única prueba cuando se trataba de litigios económicos de escasa cuantía⁵³.

Normalmente a la persona que prestaba juramento le acompañaban los *conjuradores*, miembros de la familia que ratificaban su posición asumiendo las consecuencias del resultado del juramento⁵⁴. Hay que tener en cuenta que en la época más antigua el juramento se realizaba sobre las armas, con la cristianización del pueblo germano se fueron adaptando los juramentos a los Santos Evangelios.

1.3- Ordalías en España. Época Medieval

Existen dudas acerca de la utilización de ordalías en la España de los visigodos, la aparición en la legislación visigoda más importante como es el *Liber Iudiciorum* de la ordalía del agua hirviente⁵⁵ o caldaria ha sido objeto de discusiones debido a los propios avatares históricos del texto legal, creado por el Rey Recesvinto en el siglo VII fue sufriendo posteriores modificaciones y añadidos por los monarcas sucesores como Wamba y, sobre todo, por Ervigio quien en el Concilio XII de Toledo hizo una profunda reforma debido fundamentalmente a razones eclesíásticas (dureza contra los judíos, legislación de acuerdos conciliares, disposiciones cristianizadas relativas al matrimonio entre otras), culminando con otras modificaciones realizadas por juristas en la época de Egica y Witiza que supusieron una nueva redacción llamada *vulgata* o *Fuero Juzgo* en el siglo XIII. Por supuesto el *Liber* sufrió las traducciones correspondientes del latín al

⁵³ *Lex Sállica* 53

⁵⁴ *Ley de los Burgundios* 8 y *ley de los Ribuarios* 37.

⁵⁵ *Liber iudiciorum* 6, 1, 3. En cuanto a la ordalía del juramento también está contenida en el mismo texto en el pasaje 2, 1, 23. El proceso visigodo se articulaba de esta forma: principia con demanda acompañada de la prueba (únicamente se refiere el *Liber Iudiciorum* a la testifical y a la documental, después el juez citaba al demandado para que compareciera ante el juez. Si el juez consideraba que las pruebas presentadas no le acercaban a la verdad autorizaba al acusado a que se salvara mediante el juramento (*sacramentum*), si el demandado juraba el demandante tenía que indemnizarle con cinco sueldos, si por el contrario se negaba a prestar el *sacramentum* era condenado. Éste era el procedimiento para tratar los asuntos de poca importancia, por el contrario si se trataba de asuntos relativos a delitos capitales (traición, adulterio, homicidio) o de cuantía económica elevada el acusador podía solicitar que al reo se le sometiera a tormento pero esa petición tenía que cumplir una serie de requisitos y garantías para el caso de que la acusación resultara infundada: el demandante debía firmar, junto con tres testigos que, en caso de que no se llegase a probar la acusación, se sometería a la misma pena que le correspondería al reo en caso de resultar culpable, la muerte, únicamente con la posibilidad de ser sustituida por la de sufrir esclavitud a manos de su acusado.

castellano de la época con las consiguientes variaciones literarias resultantes de la interpretación.

Para algunos autores⁵⁶ la introducción de la ordalía de la caldaria en el *Liber* tiene que ser de la época visigoda por la interpretación que hacen de las normas más antiguas contenidas en el mismo texto, por la suposición de que el pasaje donde se contiene corresponde a la época del Rey Ervigio al haberse mantenido en todos los códices de la edición *vulgata* anteriores al siglo X, o bien simplemente por la censura religiosa de la época ya que la iglesia no veía con buenos ojos la práctica de las ordalías. Sea como fuere lo cierto es que en el *Liber* no se describe cómo ha de realizarse la ordalía lo que para este sector doctrinal refuerza aún más la creencia de su práctica entre los visigodos al considerar innecesaria su descripción porque era comúnmente conocida y practicada.

Para otros⁵⁷, sin embargo la aparición de la caldaria en el *liber* se debe a un añadido posterior a la época visigoda. Basándose en la creencia de que las ordalías, como prueba judicial, eran desconocidas para los visigodos tanto en su práctica como en su legislación y que en las distintas ediciones del texto no se recoge la caldaria hasta la última época en la que el *liber* se transformó en *vulgata*.

La conclusión sobre la duda de la existencia de ordalías entre los visigodos no es nada clara y sigue generando debate. Lo que sí está claro es que las ordalías

⁵⁶ ALVARADO PLANAS. J, op. cit, págs. 148 y ss. Además el autor relata una serie de hechos que dan a entender que las ordalías eran conocidas y practicadas por los visigodos como en el caso de S. Ildefonso de Toledo que relata el suceso de un Obispo de Toledo en tiempos de Amalarico que fue acusado de adulterio y para probar su inocencia se introdujo bajo su ropa carbones encendidos que mantuvo durante toda la celebración de la misa. Al finalizar ésta sus ropajes no habían sufrido daño alguno y los carbones continuaban incandescentes por lo que se demostró su inocencia.

Por su parte GARCÍA LÓPEZ. Y. “Estudios críticos de la Lex Wisigothorum” en *Memorias del Seminario de Historia Antigua*. V. Universidad de Alcalá de Henares 1996, justifica la existencia de la ordalía del caldero entre los visigodos sobre la base del análisis que realiza a lo largo de su obra de las distintas versiones escritas del *liber* utilizadas tradicionalmente por los historiadores y de otras que no fueron tenidas en cuenta y en las que la ordalía mencionada sí consta.

⁵⁷ Para IGLESIAS FERREIRÓS. A, op. cit, pág 70 en el *Liber* 2, 1, 23 se recoge el sistema probatorio visigodo en el que únicamente caben las testificales y las documentales, reservando el juramento para el caso en el que no se consiguiera llegar a la verdad mediante las otras pruebas o cuando éstas no existían pero, para este autor, sin tener carácter ordálico. El silencio sobre las ordalías en la legislación visigoda lo justifica el autor bien porque eran desconocidas, bien porque la iglesia no las atacaba o bien porque la iglesia guardaba silencio al respecto. Para DÍAZ Y DÍAZ. M.C en su análisis de las ediciones del *liber* y sus manuscritos llega a la conclusión de que el fragmento en el que se recoge la ordalía del agua hirviendo, el 6,1,3, pertenece a la edición *vulgata*, posterior a la época visigoda. DÍAZ Y DÍAZ. M.C: “La Lex Visigothorum y sus manuscritos. Un ensayo de reinterpretación” en *Anuario de Historia del Derecho Español* un. 46. 1976 págs 163 a 224.

resurgieron de forma testimoniada a partir del siglo IX en los distintos Fueros locales y cartas pueblas de la península, como recopilación de las costumbres de la población y de normas jurídicas, derechos y privilegios otorgados por el monarca a los habitantes de una zona determinada.

Según DU BOYS. A⁵⁸ la palabra Fuero ha tenido diversos significados desde el sentido primitivo como “lugar donde se defendían los pleitos” hasta el dado en la Edad Media como al Fuero Real, Código predecesor de Las Partidas, llamado también Fuero Viejo, como recopilación de las costumbres de la nobleza y de la jurisprudencia que a ella se refería. Lo más importante es que también se refería a las normas municipales, clasificando estos Fueros en dos clases: Unos que recogían por escrito las costumbres orales de los vecinos de la localidad y que luego eran presentados ante el monarca para su sanción y otros que contenían privilegios que los reyes otorgaban a la población de aquellos terrenos reconquistados pero limítrofes con otros en los que aún permanecía el Islam o a aquellas ciudades en las que los musulmanes habían sido expulsados.

Existen un gran número de estos documentos por lo que sería prácticamente imposible hacer un estudio exhaustivo de la presencia de las ordalías en todos ellos, la información es muy vasta y extensa por lo que simplemente haremos alusión a alguno de los más importantes.

De las ordalías utilizadas en España en la época medieval tenemos ejemplos como la del hierro candente, cuya primera documentación data del año 1075 en un privilegio otorgado por Sancho Ramírez a las iglesias y monasterios que pertenecían a la órbita cultural de Cluny y de las rutas francas, utilizada para evitar el perjurio reforzando el juramento del demandante y que era utilizada también fuera del ámbito penal como, por ejemplo, cuando se reclamaba una heredad a la iglesia.

La prueba del hierro candente está ampliamente descrita en el Fuero de Teruel⁵⁹ del siglo XIII aplicada a las mujeres (alcahuetas, adúlteras...) y que consistía en que el

⁵⁸ DU BOYS. A: “Historia del Derecho Penal en España” trad. De Vicente y Caravantes. J. 1872, pág 6.

⁵⁹ 382-384 8 del Fuero de Teruel, también se recoge en el Fuero de Zorita de los Canes, 264 (siglo XIII), en el Fuero de Jaca se aplicaba para resolver aquellos supuestos en los que un hombre negaba la paternidad a una mujer que no era su esposa, en estos casos la mujer se sometía a la prueba del hierro caliente para demostrar que estaba diciendo la verdad Cap. XII rúbrica 3, al igual que en el Fuero de Cuenca y en el Fuero de Coche Cap. XII rúbricas XLV y XLVI. ARROYAL ESPIGARES P.J, MARTÍN PALMA M.T, “La traducción manuscrita del Derecho de Cuenca. Los Fueros de Plasencia, Villaescusa de Haro y Huete” en *Historia. Instituciones. Documentos*. Núm. 19. 1992, págs 21 y 22.

juez y el sacerdote calentaban un hierro, bendecido previamente, de un palmo de largo y dos dedos de ancho, ordenaban que la mujer se lavara las manos en presencia pública y con las manos limpias levantara el hierro con una de ellas inmediatamente el juez le cubría la mano con cera y la cubría con estopa o lino, la envolvía en un paño y al cabo de tres días volvía a examinarla. Si la mano resultó quemada la mujer debía cumplir la sentencia que normalmente era la de morir en la hoguera.

Ya hemos hablado de la ordalía de la caldaria (o del agua hirviendo) en el *liber iudiciorum* y su problema de datación pero insistimos en resaltar su importancia debido a su extensa vigencia ya que perduró como Fuero Juzgo hasta el siglo XIX en que entró en vigor el Código Civil actual, no obstante tenemos conocimiento de su práctica desde el siglo IX a través de la recopilación de Fueros y Cartas Pueblas realizada por MUÑOZ Y ROMERO. T⁶⁰ en la que se recoge la donación, de fecha 20 de abril del año 857, realizada por el Rey Ordoño I de varias iglesias, monasterios, villas y heredades a la Santa Iglesia de Oviedo y se otorgan privilegios para sus habitantes. En ese documento se recogen varios delitos graves como “herida o muerte del sayón⁶¹ cuando prendaba ganado, irrupción con armas en palacio o en casa ajena, robo de ganado, homicidio en los que el reo tenía que someterse a la prueba del agua caliente y el juramento”⁶² en los que el reo se tenía que someter a la ordalía del agua caliente quedando el juramento y la pesquisa como pruebas subsidiarias a practicar únicamente si había acuerdo entre las partes.

En el Fuero de León del año 1017, de gran transcendencia jurídica en España, también aparece recogida la caldaria en el párrafo 41 al decir: ⁶³ “El hombre habitante

También en el Fuero de Estella de 1164 en I (4, 1) II (6, 7), II (7, 4) y II (19, 5) y en el Fuero de San Sebastián II (2, 1) , III (4, 4), III (4,7), III (5, 4), III (8,2) y IV (4, 2-7). En el Fuero de Salamanca, norma 78, aparece para aquellos delitos contra la propiedad en el supuesto de que el presunto culpable no tuviera casa se da al demandante a elegir entre el hierro caliente y la lid. CERDÁ RUIZ-FUNES. J, “ En torno a la pesquisa y procedimiento inquisitivo en el Derecho Castellano- Leonés de la Edad Media” en *Anuario de Historia del Derecho Español* núm. 32, 1962, pág 131

⁶⁰ MUÑOZ Y ROMERO. T, “Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los Reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra” Tomo I. 1847, pág. 19

⁶¹ El Sayón era el funcionario encargado de la administración de justicia en un distrito (llamado en aquella época “mandamento”) en nombre del rey.

⁶² CERDÁ RUIZ-FUNES. J, op. cit, pág 500

⁶³ El Fuero de León en su norma X (L) I aparece así recogido: “Homo habitans in Legione, et infra predictos terminos pro ulla calumpnia non det fidiatorem ni si in V^a solidos monete urbis et faciat iuramentum et aquam calidam per manum bonorum sacerdotum uel inquisitionem per uericos inquisitores, si ambabus placuerit partibus; sed si accusatus fuerit fecisse iam furnum, aut per

en León , y dentro de los términos predichos, que por ninguna caloña⁶⁴ dé fiador sino en cinco sueldos de la moneda de la urbe, y que haga juramento y agua caliente por mano de buenos sacerdotes, o indagación por veraces indagadores si a ambas partes placiese. Pero si fuese acusado de haber cometido ya hurto o por antigua opinión un homicidio u otra traición y de ello fuese convicto, el que como a tal le fue probado, que se defienda por juramento y lid con armas⁶⁵”

En el año 1072 el rey Alfonso VI regula para León el empleo de la caldaria al establecer un decreto por el que se prohibía a los “ministros de Justicia del Reino”(Sayones) continuar con la costumbre de saquear los territorios en los que se habían cometido homicidios o robos con el pretexto de buscar a los culpables, en estos casos se obligaba a su población a purgarse por medio del juramento y del agua hirviendo y a pagar la multa por el homicidio y por los gastos de la justicia, se establecía una responsabilidad colectiva para los habitantes de una ciudad o pueblo para reprimir el delito cometido por uno de sus vecinos. El monarca reformó esa costumbre para que sólo se tomara declaración a los habitantes de los pueblos que resultaran sospechosos de haberse cometido allí el delito, multando únicamente a aquella población en la que se demostrara que en su territorio habían ocurrido los hechos y si se llegaba a la conclusión de que no se podía identificar el lugar no se multase a ninguno. Igualmente el rey obligaba a que la ordalía del agua hirviendo y el juramento se prestasen en la catedral de León, iglesia de Santa María.⁶⁶

Sin embargo el propio Alfonso VI unos años después, en el año 1087, exime a los clérigos de la Catedral de Astorga de la pena de la caldaria y del duelo.

traditionem homicidium aut aliam prodicionem et inde fuit c(on)victus qui talis inventus fuerit deiandant se per iuramentum et litem cum armis”.

También aparece recogida en el Concilio de León del año 1020 celebrado por el rey Alfonso V y su mujer Doña Elvira en la Catedral de León, según consta en una edición del Fuero Juzgo que apareció en el monasterio de Benevivere. En el apartado XIX aparece la ordalía del agua hirviendo y el juramento aplicada a los sospechosos de haber cometido un delito. MUÑOZ Y ROMERO. T, op. cit, págs 79 y 80.

⁶⁴ Caloña era el nombre que hacía referencia a la multa pecuniaria que se imponía a los culpables por los delitos cometidos

⁶⁵ G. DE VALDEAVELLANO, L (Dir). PÉREZ-BUSTAMENTE, R. (Coord. y Ed) (Ob. Col) Traducción según, la obra relativa al Fuero de León comentado realizada por la Hullera Vasco-Leonesa edición numerada, correspondiente al ejemplar n.º 94. “Seminario de Historia Medieval de España”, 1983, pág 116.

⁶⁶ DU BOYS. A, op. cit, pág 54, IGLESIAS FERREIRÓS. A, op. cit, pág 135

El duelo también está ampliamente documentado en los distintos Fueros. A modo de ejemplos: aparece en el Fuero de León en el año 1020 y en el de 1091 para resolver los pleitos entre cristianos y moros⁶⁷, en el de Sahagún del año 1085 contemplado para los casos de homicidio, en el de Calatayud otorgado por el rey Alfonso I de Aragón de 1131 se establece para los testigos falsos y para los ladrones que negaren su delito, en el de Guadalajara concedido por Alfonso VII en 1133 y en el de Daroca del año 1142 para los supuestos de hurto. En definitiva parece que el recurso al duelo o a la lid, como se señala en algunos Fueros, fue ampliamente utilizado como medio de prueba para averiguar la verdad durante la Edad Media en nuestro país.

Pero sin lugar a dudas la ordalía que más se utilizó durante muchos siglos fue la del juramento, presente prácticamente en casi todos los Fueros. Lo destacable de esta ordalía es que se utilizaba bien de forma única o bien como complemento de otras, se practicaba bien por una sola persona (el acusado) o bien por varias personas a modo de conjuradores (reminiscencia de las antiguas leyes germánicas y otro ejemplo de responsabilidad colectiva), como aparece en el Fuero de Sepúlveda en el que se exigía que prestaran juramento doce personas entre parientes y vecinos y de no existir parientes que fueran los once restantes fueran vecinos, y siempre sobre una cruz frente al altar⁶⁸.

El juramento mantiene un lugar destacado dentro de las ordalías por dos razones: La primera porque parece que, con el tiempo, fue sustitutiva de otras ordalías más crueles como así aparece en el Fuero de Madrid de 1202 en el que la mayor parte de los delitos se resolvían con el juramento exculpatario, incluso en delitos graves como el homicidio regulado en la Ley VIII “Contra quien hubiere sospecha de muerte humana, de que hirió a un hombre y murió a causa de las propias heridas, pruébese con dos testigos honrados que así ocurrió, pague el coto y el homicidio y salga desterrado como

⁶⁷ Vid. Obra de ALVARADO PLANAS. J, op. cit, págs 224 y 257 de MUÑOZ Y ROMERO. T, op. cit, págs 89 y ss. El duelo para el primero era utilizado para resolver disputas entre moros y cristianos mientras que para el segundo autor el duelo se utilizaba como solución a los conflictos entre judíos y cristianos. Sea como fuere, moros o judíos, lo que sí está comprobado era que en el Medioevo español había dos tipos de duelo: el duelo con armas, reservado a los nobles y el duelo con bastón o “duelo entre villanos” para el resto.

⁶⁸ A modo de ejemplo tenemos el Fuero de Calatayud, otorgado por el rey Alfonso I El Batallador en 1151 en el que nos explica la forma de realizar el juramento para los casos de homicidio o de batalla. El acusado prestaba juramento sobre la cruz ante el altar y el sacerdote le decía “piérdase tu alma si mientes” y el que realizaba el juramento contestaba “amén”. DU BOYS. A, op. cit, pág 78 y en la obra de MUÑOZ Y ROMERO. T, op. cit, pág, 461

enemigo particular; mas si no hubiere testigos, jure con doce vecinos, además de él mismo, y continúe en paz.”

La segunda porque es la ordalía de la que, aún hoy, quedan reminiscencias entendido esto no como una fórmula utilizada con las connotaciones ordálicas de la antigüedad, si no como un mero formalismo.

Sólo hay que echar un vistazo a la cantidad de actos que en la actualidad recogen el juramento, si bien en algunos casos suavizado con la variante de sustituirlo por promesa, como símbolo de acatamiento a diversas instituciones (jura ante la bandera de España entre las Fuerzas Armadas, juramento o promesa ante la Constitución de determinados cargos públicos, en determinadas profesiones etc..).

En nuestra legislación procesal existen múltiples ejemplos de ello, así en el ámbito civil se exige prestar juramento o promesa, siempre con carácter previo a la realización de la actuación, en el art. 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a las diligencias preliminares solicitando, como acto preparatorio del juicio, a la persona a la que va dirigida la demanda que preste juramento o promesa de decir verdad acerca de su capacidad, representación o legitimación, o se exige como validez de otras pruebas como en los arts. 142.5 ó 143 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el que se exige a los traductores habilitados por el Tribunal prestar juramento o promesa de que la traducción es fiel, o el 335 y el 340 de la misma ley procesal relativo a la exigencia de que los peritos sean objetivos y manifiesten la verdad en sus informes o el 354 relativo a las observaciones que pueden realizar las partes en el reconocimiento judicial y, por supuesto, la exigencia a los testigos del art. 365.

No obstante la LEC ha ido reduciendo poco a poco esta práctica, así en supuestos como la no presentación inicial de documentos se ha sustituido el juramento o promesa de la declaración de no haberlos conocido por la carga de demostrar esa circunstancia a la parte que los alega o en el caso de la confesión en la que ya no se exige.

Más fuerza tiene en el ámbito criminal, así en la fase de instrucción el art.429 de la LECrim referido al testigo dependiente de la jurisdicción militar en el que incluso la negativa a prestar juramento, sin posibilidad de elección con la promesa, conlleva una sanción disciplinaria por parte de su superior.

En el art. 433 para los testigos mayores de edad en el que se les conmina a prestar juramento o promesa para declarar sobre los hechos de los que tuvieran noticia, con

obligación de ser veraces so pena de incurrir en delito de falso testimonio, para concluir en el art. siguiente con el mandato que más nos recuerda a las ordalías al decir que “el juramento se prestará en nombre de Dios” y, por si hubiera alguna duda, lo extiende a todas las religiones para el caso de los testigos que, entendemos extensible a los peritos. El art. 448 para los testigos que por razones de ausencia o enfermedad no van a poder prestar nuevamente declaración y el 452 relativo al careo entre testigos y procesados en el que se recuerda a los testigos su juramento y, ya en la fase de juicio oral, el 706 para testigos mayores de 14 años.

Igualmente en la fase de instrucción se establece el juramento en los arts. 440 y 442 para el caso de los intérpretes, el 474 para los peritos.

Dejando aparte esta observación acerca de la ordalía del juramento y su evocación en nuestra legislación vigente hay que destacar que no todas las ordalías descritas eran utilizadas en todos los territorios ni recogidas en todos los Fueros, así en el de Salamanca y en el de Alba de Tormes se recogen la ordalía del duelo y la del hierro candente, en el de León la del agua hirviendo y el duelo, en el de Zamora o en el de Alcalá únicamente contemplan el duelo y, para terminar, la ordalía del agua fría se recoge únicamente en un documento catalán del año 1037 para resolver litigios sobre propiedades. Esta ordalía, bastante cruel, se practicaba sobre dos niños (no se sabe a ciencia cierta, debido a problemas de interpretación de la traducción, si el documento se refiere a dos niños que ya estuvieran muertos o a dos niños recién bautizados) a los que se les arrojaba al agua, la parte vencedora era aquella cuyo menor quedaba cubierto por el agua, si el agua rechazaba a ambos o, si por el contrario los acogía, la tierra se dividía a la mitad.⁶⁹

Igualmente, y lo que es más importante, es destacable que en algunos Fueros (la mayoría de ellos otorgados por el rey Alfonso VIII como el Fuero de Arganzón, fechado en 1191, el de Santo Domingo de la Calzada de 1207 o el de San Juan de Cella de 1209 entre otros⁷⁰) la práctica de las ordalías estaba prohibida específicamente lo que nos

⁶⁹ IGLESIAS FERREIRÓS. A, op. cit, pág. 113

⁷⁰ IGLESIAS FERREIRÓS. A clasifica los Fueros en tres categorías: los que prohíben las ordalías, los que las regulan en determinados supuestos y los que guardan silencio sobre ellas. De estos últimos el autor considera que puede entenderse, por medios indirectos, que el motivo de que en esos Fueros no se contemplaran las ordalías es porque estaban prohibidas. IGLESIAS FERREIRÓS. A, op. cit, págs. 142-151

lleva a conjeturar que, para el caso de que se llevaran a cabo, su uso constituiría el supuesto de prueba prohibida más antiguo de la historia.

Para concluir diremos que el sistema probatorio de las ordalías, propio del proceso acusatorio en el que se perseguía al que violaba las leyes si mediaba una acusación, fue perdiendo poder a partir del siglo XIII y sustituido por la forma inquisitiva en la que el papel del juez cobra una vital importancia al ser el que dirige el proceso y, por ende, la búsqueda de las pruebas.

De la mano de la Iglesia surgió la decadencia en el uso de las ordalías al prohibir, so pena de excomunión, la participación de los eclesiásticos en las ordalías en el canon 18 del IV Concilio de Letrán en el año 1215 y posteriormente en las distintas Decretales de los pontífices (Gregorio IX prohibió la del hierro candente, Celestino III e Inocencio III prohibieron el duelo), la razón fundamental fue la sustitución de estas pruebas por las de los testimonios de acusadores, acusados y testigos y, sobre todo, por las documentales, y la consecuencia de que poco a poco el proceso se convirtiera en inquisitivo⁷¹ fue que la tortura fue ganando terreno convirtiéndose así en la base probatoria de todo proceso, como complemento a la confesión del reo.

2- LA TORTURA

Otra de las instituciones probatorias utilizadas a lo largo de nuestra historia judicial ha sido la tortura, concebida desde dos puntos de vista distintos: uno como pena impuesta por la comisión de delitos, otro, que es el que más nos interesa, como medio de prueba para obtener una “verdad” relativa mediante la confesión.

Generadora de prueba prohibida en la actualidad, la tortura ha sido atacada y objeto del criterio abolicionista de la época moderna tanto desde el Derecho Internacional como desde el Derecho Interno sin que, desgraciadamente, haya surtido el efecto deseado bien por ser consecuencia de “excesos no debidamente prevenidos” bien por tener la connivencia del poder político a través de la clandestinidad o por “la conservación de una legislación procesal que permite el encuentro oculto,

⁷¹ DE HINOJOSA Y NAVEROS. E considera que el proceso inquisitivo fue instaurado en España en el siglo XIII. DE HINOJOSA Y NAVEROS. E : “El elemento germánico en el Derecho Español”. Trad. Sánchez. G, 1915, pág 67

incomunicado, entre detenido e investigador policial y que admite judicialmente la información obtenida en ese momento ciego en el que un hombre se encuentra a merced de toda una organización de poder”⁷².

Se encuentra definida en la Resolución 3452 (XXX) de 9 de diciembre de 1975 de la Asamblea General de las Naciones Unidas como “todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionadamente a un persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarlo por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras”.

Por lo que se puede decir que para que exista tortura se tienen que dar dos elementos fundamentales⁷³, en primer lugar que de alguna manera intervenga el aparato coercitivo del Estado y por otro lado que la finalidad sea castigar o intimidar a través del sufrimiento, por lo que su prohibición se extiende a toda la actividad del Estado, más allá de la actividad penal o procesal, en palabras de TORÍO LÓPEZ. A: “ a todos y cada uno de los actos del poder legislativo, ejecutivo o judicial que posean una tendencia a producir sufrimiento físico o moral o que puedan contribuir a la degradación ético espiritual de la persona”⁷⁴

Su prohibición aparece expresamente recogida en nuestra Constitución en su art. 15, abolición y prohibición legal (dejando aparte tratados de juristas que inspirados por el iluminismo de Montesquieu, Voltaire y Beccaria alzaron su pluma en España contra la tortura y el tormento, como D. Alfonso María de Acevedo en su obra “De reorum absolute” escrita en 1770 y que se puede considerar como el primer autor de nuestro país que se opone al tormento) que ha recorrido un largo camino empezando en el Estatuto de Bayona de 6 de julio de 1808 en el que ya se preveía en el art. 133 con la advertencia de que si se hacía sin autorización legal sería constitutiva de un delito⁷⁵.

⁷² AGÜERO. A: “ La tortura judicial en el antiguo Régimen. Orden procesal y cultural” en *Direito e Democracia*. Vol. 5, num 1. 2004, págs 188, 189.

⁷³ GRIMA LIZANDRA. V: “Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos”. Ed. Tirant Lo Blanch. 1998, pág 24.

⁷⁴ TORÍO LÓPEZ. A: “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes” en *Poder Judicial*, n.º 4 , 1986, pág 69

⁷⁵ El art. 133 del Estatuto de Bayona decía así: “El tormento queda abolido: todo rigor o apremios que se emplee en el acto de la prisión o en la detención y ejecución y no esté expresamente autorizado por la ley es delito”.

Pero donde de verdad empezó a cobrar fuerza la abolición fue en las Cortes de Cádiz, primero a través del Decreto LXI de 22 de abril de 1811, en el que se castigaba a los jueces, tribunales y juzgados que utilizaran la tortura y los apremios con la pena de destitución “de su empleo y dignidad” y posteriormente integrado en su Constitución a través del art. 303⁷⁶.

Con la llegada de Fernando VII y la nulidad de la Constitución y los Decretos de las Cortes de Cádiz se pasó a abolir la tortura judicial y los apremios con la Real Cédula de 25 de julio de 1814.

Poco a poco se fueron introduciendo más garantías para los presos, ejemplo de ello es el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia que regulaba la Real Jurisdicción Ordinaria de 26 de septiembre de 1835 que prohibía mortificar a los reos con hierros, ataduras y otras vejaciones que no fueran necesarias para la seguridad del arrestado o preso (art. 7) y, lo que es más importante, en cuanto al aseguramiento de sus derechos, la prohibición de utilizar en la prueba del interrogatorio preguntas capciosas, sugestivas, las coacciones, los engaños y las amenazas a los acusados estableciéndose una responsabilidad directa para los jueces que así obraren (art.8)⁷⁷.

El 7 de septiembre de 1837 el Título V de la Constitución de 1812, que incluía el art. 303, fue declarado Ley del Reino quedando definitivamente abolida la tortura, a

⁷⁶ En el Decreto de las Cortes de Cádiz se exponía: “Las Cortes Generales y Extraordinarias, con absoluta unanimidad y conformidad de todos los votos declaran por abolido para siempre el tormento en todos los dominios de la Monarquía Española, y la práctica introducida de afligir y molestar a los reos, por lo que ilegal y abusivamente llaman apremios: y prohíben los que se conocían con el nombre de esposas, perrillos, calabozos extraordinarios y otros, cualquiera que fuese su denominación y uso; sin que ningún juez, tribunal ni juzgado, por privilegiado que sea, pueda mandar ni imponer la tortura, ni usar de los insinuados apremios baxo (bajo) responsabilidad y la pena, por el mismo hecho de mandarlo, de ser destituidos los jueces de su empleo y dignidad, cuyo crimen podrá perseguirse por acción popular, derogando desde luego cualesquiera ordenanzas, ley, órdenes y disposiciones que se hayan dado y publicado en contrario. Lo tendrá entendido el Consejo de Regencia, y dispondrá lo necesario á su cumplimiento, haciéndolo imprimir publicar y circular” Colección de los Decretos y Ordenes que han expedido Las Cortes Generales y Extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811 . Cádiz Imprenta Real 1811, págs 133 y 134.

Por su parte el art. 303 de la Constitución de Cádiz simplemente decía: “No se usará nunca el tormento y los apremios”.

⁷⁷ En el art. 8 se establecía que: “ En toda causa criminal, así los procesados como los testigos, serán precisamente juramentados y examinados por el juez de la causa, y ante el escribano de ella; y si residieren en otro pueblo, lo serán por la persona a quien el juez comisione para este fin, y también ante escribano.

A unos y otros no se les deberán hacer nunca por los jueces sino preguntas directas, y de ningún modo capciosas ni sugestivas: y estos serán estrechamente responsables, si para hacerlos declarar a su gusto, emplearen alguna coacción física o moral, o alguna promesa, dádiva, engaño o impropio artificio”

pesar de que ya hacía mucho tiempo que había desaparecido del mundo procesal gracias al acuerdo de liberales y absolutistas.

A nivel internacional el interés por desterrar definitivamente la tortura quedó reflejado en la firma y ratificación por España de diversos tratados y convenios internacionales relativos a la defensa de los derechos humanos que obligan a las autoridades del Estado prevenir y castigar los malos tratos infligidos por sus agentes, prohibiendo la tortura y los tratos degradantes⁷⁸. Sin embargo, y a pesar de los esfuerzos por erradicarla definitivamente, la tortura sigue siendo uno de los caballos de batalla que más problemas causa al Estado español al resistirse a desaparecer por completo. La prueba de ello la encontramos en dos vertientes internacionales:

1. En la vertiente institucional: las conclusiones de los diferentes informes de los organismos internacionales encargados de velar por el cumplimiento de los compromisos adquiridos mediante la firma de los instrumentos internacionales, poniendo a España en el punto de mira acerca de la observancia de lo prevenido con respecto a la tortura y los malos tratos.

Así, a modo de ejemplo señalamos, en el ámbito europeo, los emitidos por el Comité Europeo para la prevención de la tortura (CPT) y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, encargado de realizar las visitas periódicas a los centros de detención y realizar informes y recomendaciones para erradicar la tortura y los malos tratos, que visitó España durante los meses de mayo y junio de 2011 y junio de 2012 relatando sendos informes en los que reflejaba la pasividad del Estado Español en relación a las denuncias por torturas y malos tratos en los centros de detención. En concreto en el apartado 15 del informe el Comité de fecha 7 de diciembre de 2011 recoge: “El CPT solicita a las autoridades españolas que llevan a cabo una investigación rigurosa e

⁷⁸ Entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado por España el 28 de septiembre de 1976 y ratificado el 27 de abril de 1977 en cuyo art. 7 se prohíbe la tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes firmado el 4 de febrero de 1985 y ratificado 21 de octubre de 1987 y su Protocolo Facultativo firmado el 13 de abril de 2005 y ratificado el 4 de abril de 2006 en el que se impone al Estado firmante la obligación de crear, designar o mantener uno o varios organismos encargados de realizar visitas a los lugares donde haya personas privadas de libertad con el fin de impedir que se practiquen torturas o malos tratos, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales ratificado por España el 4 de octubre de 1979 que recoge en el art. 3 la prohibición de la tortura y por último el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales ratificado el 28 de abril de 1989 en el que se crea un Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes con las facultades de poder realizar visitas periódicas a los Estados miembros para comprobar el cumplimiento de los tratados internacionales por ellos firmados.

independiente sobre los métodos utilizados por oficiales de la Guardia Civil cuando retengan e interroguen a personas detenidas como presuntos participantes en uno o más de los delitos a los que hace referencia el Artículo 348 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El CPT desea recibir dentro de un plazo de tres meses un informe detallado de las acciones adoptadas para aplicar estas recomendaciones”.

Igualmente “El CPT reitera su recomendación de que cuando una persona denuncie malos tratos por parte de oficiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el fiscal/juez debería tomar nota de las denuncias por escrito, ordenar de inmediato un examen médico forense (en los casos en los que no sea proporcionado automáticamente un examen médico forense) y adoptar las medidas necesarias para garantizar que las denuncias sean investigadas adecuadamente”. Y continúa con la recomendación más insistente: que los interrogatorios sean grabados en audio y video.

A un nivel más amplio destacamos el Informe del Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre la promoción y la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la lucha contra el terrorismo en España⁷⁹ de fecha 16 de diciembre de 2008 en el que manifiesta su preocupación por las denuncias sobre torturas y malos tratos realizadas sistemáticamente por los miembros de la organización terrorista ETA achacando su proliferación al régimen legal existente en España respecto a la detención incomunicada y recomienda: “la completa erradicación de la detención incomunicada, por cuanto ese régimen excepcional no sólo supone el riesgo de que se inflija un trato prohibido a los detenidos, sino que también expone a España a denuncias de tortura y, en consecuencia, debilita la legitimidad de sus medidas antiterroristas. El Relator Especial pide que se apliquen sistemáticamente medidas de prevención de la tortura y malos tratos, en especial mediante, entre otras cosas, la videovigilancia continua de las instalaciones de detención y el examen de los detenidos por médicos de su elección.”

“El Relator Especial recomienda firmemente a las autoridades españolas que, siempre que haya motivos para creer que se han infligido malos tratos, se proceda a una investigación pronta, independiente, imparcial y completa y se lleve ante la justicia a los autores de esas infracciones. El respeto sistemático de todos los aspectos de la prohibición internacional de la tortura, junto con la abolición del régimen de

⁷⁹ A/HRC/10/3/Add.2 16 de diciembre de 2008

incomunicación, han de fortalecer la credibilidad de la actuación antiterrorista de las fuerzas de seguridad y, al mismo tiempo, contribuir a lavar de sospecha a las personas injustificadamente acusadas de malos tratos.”

Por su parte el Comité de Derechos Humanos de la ONU en sus observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España adoptadas en el marco de la 3192ª sesión (CCPR/C/SR.3192), celebrada el 20 de julio de 2015, hace referencia a la preocupación por “las denuncias de uso excesivo de la fuerza, incluyendo tortura y malos tratos, por parte de agentes del Estado, en particular en el marco de protestas ciudadanas. El Comité lamenta los informes que dan cuenta de debilidades en las investigaciones de denuncias y sanciones; y expresa preocupación sobre las deficiencias en las evaluaciones forenses en casos de investigación de violaciones de derechos humanos por parte de agentes del Estado. Aunque toma nota de la explicación suministrada por la delegación del Estado parte, el Comité expresa preocupación por la concesión de indultos a policías condenados por el delito de tortura, lo cual contribuye a una sensación de impunidad por parte de los agentes del Estado. El Comité nota con satisfacción la iniciativa de grabación de interrogatorios, pero lamenta que ésta no es utilizada de manera sistemática (arts. 7, 9 y 10).” y recomienda:

- a) “Redoblar sus esfuerzos para prevenir y eliminar la tortura y los malos tratos, entre otras cosas, reforzando la formación en derechos humanos de las fuerzas del orden y de seguridad, a la luz de los estándares internacionales en la materia.
- b) Establecer órganos de denuncia independientes para atender las quejas de malos tratos policiales.
- c) Velar porque todas las denuncias de tortura o malos tratos sean investigadas de manera rápida, completa e independiente y que los responsables de esos actos comparezcan ante la justicia.
- d) Asegurar que las víctimas reciban una reparación adecuada que incluya servicios de salud y de rehabilitación.
- e) Asegurar que los exámenes forenses de los presuntos casos de tortura y malos tratos cometidos por agentes del Estado sean imparciales, exhaustivos y se lleven a cabo de acuerdo con el Protocolo de Estambul.
- f) Prohibir en su ordenamiento jurídico la concesión de indultos a las personas declaradas culpables por el delito de tortura.

- g) Asegurar la utilización de la grabación de interrogatorios en las dependencias policiales y otros lugares de detención respecto de todas las personas privadas de libertad.”

De los informes señalados podemos sacar dos conclusiones fundamentales: q La primera que la mayoría de las torturas y malos tratos denunciados se producen en la fase de instrucción, en concreto en el régimen de detención incomunicada durante el interrogatorio al detenido por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. La segunda que España tiene que revisar su legislación en lo referente al desarrollo de los derechos del detenido y a la práctica del interrogatorio en sede policial (por ejemplo: información acerca de que autoridad o funcionario va a realizar el interrogatorio, salvaguardando los datos personales de conformidad con la normativa en la materia, presencia de un observador imparcial, grabaciones audiovisuales, duración del mismo etc.) todo ello como garantía tanto para el que se encuentra privado de libertad como para los encargados de llevarlo a cabo.

En la vertiente judicial internacional nos encontramos con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que desde el año 2004, caso Martínez Salas y otros contra España⁸⁰, han venido condenando al Estado español por violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que establece. “ Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Hay que destacar que en casi todas las denuncias existe un elemento común que confluye en los demandantes como es la pertenencia a la banda terrorista ETA:

- Caso Mikel San Argimiro Isasa , STEDH de 28 de septiembre de 2010.
- Caso Aritz Beristain Ukar, STEDH de 8 de marzo de 2011
- Caso Otamendi Egiguren, STEDH de 16 de octubre de 2012
- Caso Ataun Rojo, STEDH de 7 de octubre de 2014
- Caso Etxebarria Caballero, STEDH de 7 de octubre de 2014
- Caso Arratibel Garciandía, STEDH de 5 de mayo de 2015

⁸⁰ STEDH de 2 de noviembre de 2004 en el caso Martínez Salas y otros contra España los quince demandantes (simpatizantes de movimientos independentistas catalanes) alegan que fueron detenidos en el año 1992 por pertenencia y colaboración con banda armada y que durante su detención incomunicada llegaron a sufrir tortura y tratos inhumanos y degradantes.

- Caso Beortegui Martínez, STEDH de 31 de mayo de 2016

Y únicamente dos sentencias se refieren a torturas no vinculadas con el terrorismo:

- Caso B.C, STEDH de 24 de julio de 2012
- Caso Iribarren Pinillos, STEDH de 8 de enero de 2009

En el primero de ellos los malos tratos se refieren a las consecuencias de la utilización de la fuerza por parte de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en el contexto del control de los participantes en manifestaciones públicas.

En el segundo de ellos se trata de una visión diferente ya que se alegan torturas por motivos discriminatorios.

La diferencia entre ambos grupos de sentencias es importante en relación a dos aspectos. El primero de ellos lo constituye el hecho de que la tortura y los malos tratos se producen en la fase de investigación, durante la detención que, por motivos de garantizar la vida, la libertad o la integridad física de una persona o por urgencia tengan que intervenir inmediatamente los jueces de instrucción, deba de acordarse incomunicada, regulada en los arts. 509 y 510 de la LECrim, agravada su duración en casos de que se trate de personas que pertenezcan o estén relacionadas con banda armada o grupo terrorista (art. 384 bis de la LECrim) u otros delitos cometidos de forma organizada por dos o más personas, con la consiguiente restricción de derechos contenida en el art. 527 de la misma ley procesal siendo esa regulación procesal, precisamente, la que está en el punto de mira tanto del TEDH como de los organismos internacionales y lo que les hace plenamente conscientes de que para el detenido es muy difícil presentar evidencias de los hechos sufridos mientras están privados de libertad, lo que nos lleva al segundo aspecto.

La dificultad de poder llegar a una demostración fehaciente mediante pruebas indiscutibles de que se hayan producido realmente los hechos generadores de torturas. “más allá de la duda razonable” ha conducido al TEDH a desgajar el art. 3 del Convenio en dos vertientes: la material y la procesal, siendo en esta última donde el Tribunal se ha fijado con más intensidad.

Ambas vertientes están íntimamente ligadas ya que la procesal es consecuencia directa de la material, si no hay posibilidad material de demostrar la tortura y los malos

tratos es porque los hechos no se han investigado debidamente por lo que se infringe el procedimiento de investigación en opinión del Tribunal.

El TEDH en prácticamente todas las condenas a España a utilizado la misma argumentación, vulneración del art. 3 del CEDH en su vertiente procesal y no la violación sustantiva del derecho (salvo en el caso de Iribarren Pinillos) ampliando así el alcance del mencionado art. 3 al obligar a los Estados a investigar eficazmente la presencia de torturas incluso aunque solo existan meros indicios e independientemente de los delitos que hubieran podido cometer las víctimas de esas prácticas, lo que supone que la carga de la prueba para demostrar que se han producido torturas le corresponde al propio Estado. No hay que perder de vista tampoco que uno de los aspectos que forman parte del derecho a la presunción de inocencia es el derecho a no presentar pruebas, entre las que se incluye la propia declaración del acusado, que el TEDH ha dividido entre las obtenidas de manera coercitiva y aquellos otros que existen independientemente de la voluntad del sospechoso⁸¹

Por su parte, en lo que se refiere a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), nuestro TC ha exigido a las resoluciones de sobreseimiento y archivo de las causas en las que se denuncian torturas una motivación reforzada y apela por la necesidad de una eficaz y completa investigación para determinar si efectivamente ésta se ha producido.

En la STC 12/2013 de 28 de enero recapitula toda la doctrina constitucional en esa materia señalando en su Fundamento Jurídico tercero que “vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejados”⁸².

⁸¹ A este respecto vid. MARTÍN DIZ. F: “Presunción de inocencia como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea” en *Rev. Europea de derechos fundamentales*, nº 18. 2011. En especial la pág 160. El autor hace un elaborado análisis del Libro Verde de la Unión Europea sobre la presunción de inocencia (COM 2006) 174 final, de 26 de abril y aboga por la necesidad de una regulación comunitaria que de contenido a ese derecho y “armonicen su alcance para todos los Estados miembros, y que, a más largo plazo, sirva como puntal para un hipotético proceso penal comunitario para el enjuiciamiento de delitos graves de carácter transfronterizo”, pág 165

⁸² En el mismo sentido las SSTC 39/2008 de 25 de febrero en su FJ 6, 52/2008 de 14 de abril FJ 2, 63/2010 de 18 de octubre en su FJ2.

Por ello para cumplir con el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva se necesita que se den dos requisitos:

- Que existan sospechas razonables de torturas o tratos inhumanos o degradantes, incluidas las que se refieran al aspecto psicológico, siendo muy importantes en estos casos, por un lado, las manifestaciones del médico forense y las del detenido cuando presta declaración ante el juez y por otro lado los datos que constituyan indicios de que la acusación tiene fundamento, tales como irregularidades en el procedimiento de detención o vulneración de algunas de las garantías del detenido⁸³.
- Que las sospechas de comisión de torturas sean objeto de una investigación eficaz, de conformidad con los acuerdos internacionales firmados por España, aumentando las garantías cuando un ciudadano se encuentra bajo la custodia del Estado y únicamente desistiendo de la investigación cuando se hayan agotado los medios razonables y eficaces de investigación o no persistan las dudas razonables sobre los hechos denunciados⁸⁴.

Lo que supone un intento de cumplimiento de los requerimientos efectuados por los organismos internacionales antes mencionados.

En cuanto a la posición del TS, el derecho a no ser condenado con fundamento en una declaración prestada bajo coacciones se incardina dentro del derecho a no autoincriminarse como garantía del derecho a la presunción de inocencia, lo que implica que “Por tanto la declaración prestada bajo tortura o presiones policiales supone, desde luego, prueba obtenida violentando derechos fundamentales y como tal inadmisibles y radicalmente nula. La voluntariedad de la declaración constituye el principal presupuesto de validez de la confesión y por tanto sólo cuando pueda afirmarse que la declaración ha sido prestada libre y voluntariamente puede hacer prueba contra su autor o un tercero”⁸⁵, lo que constituye a todas luces prueba prohibida.

⁸³ SSTC 69/2008 de 23 de junio, FJ 3, 107/2008 de 22 de septiembre FJ3, 63/2010 de 18 de octubre FJ 3, 131/2012 de 18 de junio FJ 4, 153/2013 de 9 de septiembre FJ 4.

⁸⁴ SSTC 224/2007 de 22 de octubre FJ3, 34/2008 de 25 de febrero FJ 6 y 8, 52/2008 de 14 de abril FJ 2 y 5, 107/2008 de 22 de septiembre FJ 2, 123/2008 de 20 de octubre FJ 2, 63/2010 de 18 de octubre FJ 2 y 4 y 153/2013 de 9 de septiembre FJ 4.

⁸⁵ STS 2151/2012 de 27 de marzo, FJ 3, STS 1096/2014 de 26 de febrero FJ 5 entre otras

3- LA CONFESIÓN: LA PRUEBA ESTRELLA

Que la tortura va de la mano de la prueba de declaración del presunto culpable es indudable, con ella se persigue una confesión que sirva de base para la acusación y posterior condena ya que la finalidad de la tortura es “poner a la víctima en cuestión”⁸⁶, la tortura nace con la pregunta para obtener la respuesta deseada, de ahí que históricamente se denominara *quaestio*, tal y como la definía ULPIANO en el S. III: tormento y sufrimiento del cuerpo con el fin de obtener la verdad.

A lo largo de los siglos ha sido utilizada con esa finalidad, desde la época romana en la que era aplicada a los esclavos con el fin de que confesaran delitos contra la propiedad o de adulterio, los bárbaros que la aplicaban también a las esposas de los hombre de rango asesinados por ellas y a los declarados públicamente traidores, desertores o cobardes. Pero donde más auge cobró la práctica de la tortura fue con su regulación en las Siete Partidas de Alfonso X en las que no sólo recoge en el título treinta de la Partida Séptima nueve leyes sobre ella, estableciendo dos formas de tortura: los azotes y la garrucha, si no que a lo largo de toda la obra se recogen trece leyes más en las que la tortura judicial queda aprobada sin reservas “de espaldas a las tradiciones jurídicas nacionales y en contradicción incluso con la moderación cristiana que empapa todas las Partidas”⁸⁷, se aplicaba únicamente por mandato judicial cuando había indicios o sospechas ciertas de la culpabilidad, es decir, se requería únicamente la existencia de pruebas “semiplenas” ya que si éstas eran completas el juez dictaba sentencia sin más, ese mandato judicial era susceptible de apelación a pesar de tratarse de una sentencia interlocutoria si bien solo se admitía cuando el propio juez apelado la juzgaba legítima en caso contrario proseguía con la tortura, por contra, la confesión obtenida bajo tormento si no era confirmada libremente con posterioridad carecía de todo valor probatorio.

En la Baja Edad Media es cuando la confesión se convierte de verdad en la prueba estrella, la reina de las pruebas, al ser un procedimiento inquisitorial, debido a la

⁸⁶ SAVATER, F. MARTÍNEZ-FRESNEDA, G “Teoría y presencia de la tortura en España” Ed. Anagrama 1982, pág 19

⁸⁷ MARTÍNEZ DÍEZ, G. “La tortura judicial en la legislación histórica española” en Anuario de Historia del Derecho Español, 1962, pág 254

dificultad que existía en ella época para encontrar otro tipo de pruebas que sustentaran la acusación⁸⁸, como dice GUDIN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS. F⁸⁹: “...Las carencias procesales de la época son una de las causas del auge del instituto de la tortura, los medios de prueba conocidos estaban entonces poco desarrollados (caso de la prueba documental-penal) o muy desacreditados (prueba testifical) o quedaban subsumidos en el mismo tormento (confesión).” Para GRIMA LIZANDRA. V⁹⁰ la confesión se convirtió en la estrella de las pruebas por dos motivos: el primero porque con esa prueba se aligeraba el trabajo del investigador y el segundo porque la confesión del reo supone una victoria sobre él mismo, él mismo toma conciencia de su propio crimen.

En el año 1233 surge el Tribunal de la Inquisición creado en principio para luchar contra la herejía pero que poco a poco fue aumentando su poder y sus competencias ampliando su conocimiento a causas de brujería, hechicería y contra las corrientes filosóficas de la enciclopedia preconizadas por Voltaire y Rousseau entre otros, pervivió a lo largo de los siglos bajo la base idearia de que delito era igual a pecado y con métodos variados en su ejecución hasta la llegada de las ideas humanistas del S. XVIII y con ellas su abolición.

Hay que señalar varios aspectos fundamentales íntimamente relacionados que ubican a la prueba de confesión en nuestro sistema actual:

- 1- Que en nuestra legislación civil anterior a la reforma del año 2000 se recogían dos tipos de confesión que perseguían dos fines distintos según MONTERO AROCA. J⁹¹, la confesión con juramento decisorio que hacía prueba plena y la confesión con juramento indecisorio sobre hechos perjudiciales para el que declaraba ya que sólo le perjudicaban a él. En la primera el juramento jugaba

⁸⁸ En las propias Partidas, en el título treinta, Partida Séptima antes mencionada se justifica el tormento por la ausencia de pruebas. Se señala que se somete a tormento a aquél presunto delincuente que esté preso y que haya sido sorprendido infraganti o que existe en su contra prueba de un testigo y que además fuere hombre de mala fama o vil, es decir, que se valoraba la condición social del presunto culpable como sospecha. La fama pública del presunto culpable era muy importante ya que determinaba por si sola la existencia de indicios de culpabilidad, si el acusado no era mal afamado se exigían mayores indicios como la confesión extrajudicial, la fuga después de cometido el delito, la enemistad con la víctima etc..

⁸⁹ GUDIN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS. F: “Evolución de la tortura en España: de un reputado instituto procesal a un execrable delito” en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 60, nº 2021. 2006, pág 3832

⁹⁰ GRIMA LIZANDRA. V, op. cit, pág 28

⁹¹ MONTERO AROCA. J:”La prueba en el proceso...”, op. cit, pág 238

un papel fundamental ya que era la base de la credibilidad del confesante, recogida en la LEC de 1881 pero poco utilizada en el siglo XX.

En la segunda lo importante eran aquellas de las respuestas que no beneficiaban en nada al confesante puesto que eran las que hacían prueba plena de los hechos.

Hay que tener en cuenta que la confesión también venía regulada en el CC en los arts. 1231 a 1239 en los que se recogía la judicial y la extrajudicial, destacando la obligación de ser prestada bajo juramento y que “cuando se solicite la confesión judicial bajo juramento decisorio, la parte a quien se pida podrá referir el juramento de la contraria, y, si ésta se negare a prestarlo, se la tendrá por confesa”, art. 1236, es decir, la falta de juramento perjudica a la parte que está obligada a prestarlo, en este aspecto nos remitimos a lo expuesto en la parte de esta obra dedicada a las ordalías, en especial al juramento⁹².

Hoy la confesión como tal ha sido sustituida por el interrogatorio de parte a través de la Ley 1/2000 de 7 de enero de modificación de la LEC, justificando esa sustitución en la Exposición de Motivos al decir que “La confesión, en exceso tributaria de sus orígenes históricos, en gran medida superados, y, por añadidura, mezclada con el juramento, es sustituida por una declaración de las partes, que se aleja extraordinariamente de la rigidez de la “absolución de posiciones”. Esta declaración ha de versar sobre las preguntas formuladas en un interrogatorio libre, lo que garantiza la espontaneidad de las respuestas, la flexibilidad en la realización de preguntas y, en definitiva, la integridad de una declaración no preparada”.

- 2- Que en nuestra legislación penal se hace referencia explícita a la confesión, tanto en la sustantiva, art. 174 del C.P que recoge la confesión como una de las

⁹² La mayoría de la doctrina considera a la confesión como un verdadero medio de prueba “el medio de prueba por excelencia, la regina probatorum, la prueba perfecta, completa y plena “. SERRA DOMÍNGUEZ. M. “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” Tomo XVI, Vol 2º: Artículos 1214 a 1253 del Código Civil (Ob. Col). ALBALADEJO. M. (Dir), DÍEZ ALABART. S. <https://app.vlex.com/#ES.CRACYL/sources/511>. pág 10/35.

Para DEVIS ECHANDÍA. H el juramento decisorio es un medio de prueba de la misma naturaleza que la confesión judicial. DEVIS ECHANDÍA. H: “Compendio de la prueba...”, op. cit, pág 339.

Hoy en día esas apreciaciones carecen de justificación al haber sido eliminado de nuestro ordenamiento el juramento decisorio a través de la Ley 1/2000 de 7 de enero de modificación de la LEC en cuya Disposición Derogatoria única 2.1 quedan derogados los artículos 1231 a 1253 del CC y los contenidos en la LEC

finalidades del delito de tortura, como en la procesal, art. 406 de la LECrim. en el que se expone que a pesar de que se produzca la confesión del procesado no evita que el Juez de Instrucción practique todas las diligencias necesarias para conocer la verdad de esa confesión.

En relación a este aspecto hay que tener en cuenta que la confesión en nuestro proceso penal no tiene la connotación específica de la confesión tal y como la conocemos en el ámbito civil o incluso en el lenguaje común al no existir en nuestro sistema un sistema de valoración de prueba tasada, si la confesión es lo único con lo que cuenta el tribunal éste no tendrá más remedio que absolver para poder cumplir con lo preceptuado en el art. 406 mencionado, es decir: “La “confesión” del inculpado no es por tanto una verdadera confesión, si no una admisión de los hechos”⁹³.

- 3- Que la “confesión” realizada por el presunto culpable en sede policial, que es donde habitualmente se alega el padecimiento de torturas y malos tratos, carece de valor probatorio y, por sí misma, no puede ser soporte exclusivo de una sentencia condenatoria porque sería contraria a los principios constitucionales⁹⁴.

A partir del Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 28 de noviembre de 2006 se consideró que “Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”, sin embargo el TC ha ido matizando esa postura en la sentencia 68/2010 de 18 de octubre en la que se eliminó la confesión policial del mundo probatorio “en la medida en que dicho testimonio (de referencia de los agentes) es utilizado en el razonamiento explicitado por los órganos judiciales como elemento de corroboración del testimonio de la coimputada cuya invalidez acaba de declararse, la suficiencia o insuficiencia de tal corroboración resulta ya irrelevante en este proceso, una vez se ha declarado la falta de validez como prueba de cargo de la declaración a corroborar”, la STC 53/2013 de 28 de febrero afirma categóricamente que atribuir valor probatorio a “las declaraciones

⁹³ GÓMEZ COLOMER. J: “Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal” (Ob. Col) MONTERO AROCA. J; GÓMEZ COLOMER. J.L; BARONA VILAR. S; ESPARZA LEIBAR. I; ETXEBERRÍA GURIDI J.F Ed. Tirant Lo Blanch 2015, pág 220.

⁹⁴ STS 2442/2015 de 14 de mayo

prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las practicadas ante la policía”, esas declaraciones forman parte del atestado policial y como tal tiene el valor de denuncia tal y como marca la LECrim, el atestado es en definitiva “objeto de prueba y no medio de prueba” STC 68/2010 de 18 de octubre.

No obstante esa postura radical queda suavizada con la advertencia de que si se introduce en el juicio oral con respeto “a la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad inmediación y contradicción” (SSTC 155/2002, de 22 de julio, y 187/2003, de 27 de septiembre.), puede desplegar efectos probatorios, en contraste o concurrencia con otros elementos de prueba.

Igualmente la STC 165/2014 de 8 de octubre ha matizado “que la regla general consiente determinadas excepciones, particularmente respecto de las declaraciones prestadas en fase sumarial cuando se cumplan una serie de presupuestos y requisitos que “hemos clasificado como: a) materiales —que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral— ; b) subjetivos —la necesaria intervención del Juez de Instrucción—; c) objetivos —que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo—; d) formales —la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim—, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral” [STC 68/2010, FJ 5 a), y los restantes pronunciamientos de este Tribunal allí igualmente citados]”.

Por lo tanto las declaraciones del acusado en sede policial no pueden ser consideradas prueba de cargo ni siquiera cuando “ para corroborar dicha declaración baste el reconocimiento del acusado manifestando que efectivamente prestó la declaración pero aduciendo que lo fue bajo torturas” STC 53/2013 de 28 de febrero antes citada.

- 4- Que la prueba de “confesión” del imputado ha estado siempre ligada a la prueba prohibida, no solo por lo referido en cuanto a la tortura y a los tratos inhumanos o degradantes si no también porque fue el origen de las denominadas “reglas,

advertencias o derechos Miranda” elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Miranda v.s Arizona* y sentando los derechos que deben de ser advertidos al detenido antes de que se le interrogue como presunto autor de un delito.

Cuando en 1964 Ernesto Miranda fue detenido por la policía, como supuesto autor de los delitos de secuestro y violación de una joven con retraso mental, se procedió al interrogatorio y a la obtención de una confesión escrita en la que constaba únicamente un párrafo en el que constaba que la confesión se había prestado voluntariamente, sin amenazas y “con completo conocimiento de mis derechos, comprendiendo que cualquier declaración que haga podrá ser utilizada en mi contra”⁹⁵.

La Corte Suprema interpretó, junto a otros tres casos similares resueltos en la misma sentencia (*Vignera v.s Nueva York, Westover v.s Estados Unidos y California v.s Stewart*) que no era suficiente esa advertencia y que no cumplía con lo dispuesto en la quinta enmienda (prohibición de la autoincriminación) y en la sexta enmienda (derechos del detenido) por lo que dictaminó el 13 de junio de 1966 la invalidez de los interrogatorios prestados sin haber realizado previamente las advertencias a los detenidos de que “En ausencia de otras medidas deberán observarse los siguientes procedimientos para salvaguardar el privilegio de la quinta enmienda: la persona en custodiada debe, antes del interrogatorio, ser claramente informada de que él tiene derecho a permanecer en silencio, y que nada de lo que diga se utilizará en su contra en el Tribunal; se debe informar claramente que él tiene derecho a consultar con un abogado y el abogado durante el interrogatorio, y que, si él es indigente, un abogado será designado para representarlo”⁹⁶, anulando la condena impuesta.

⁹⁵ EUSAMIO MAZAGATOS. E.; SÁNCHEZ RUBIO. A. “La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos” Ed. Tirant Lo Blanch, 2016, pág 140.

⁹⁶ United States Supreme Court *MIRANDA v. ARIZONA*, (1966) n°. 759 Argued: Decided: June 13, 1966.

“In the absence of other effective measures the following procedures to safeguard the Fifth Amendment privilege must be observed: The person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he has the right to remain silent, and that anything he says will be used against him in court; he must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation, and that, if he is indigent, a lawyer will be appointed to represent him”. Pp. 467-473.

Igualmente la confesión y la prueba prohibida mantienen una estrecha relación ya que en nuestra jurisprudencia, constituye una de las causas de la ruptura del nexo causal en los casos en los que se alegue prueba prohibida y, por lo tanto, independiente de aquellas otras en las que se hayan vulnerado derechos fundamentales siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos⁹⁷: Que se le haya informado de sus derechos, entre los que se encuentran el derecho a no declarar o a guardar silencio, que en el momento de prestar declaración se encuentre asistido de letrado y que sea una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones en las que se pueda alterar dicha voluntariedad, es decir, sin coacciones ni mucho menos torturas o malos tratos

Como se pone de manifiesto en la STC 161/1999 de 27 de septiembre (FJ 4). “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”.

Sobre este aspecto volveremos posteriormente en el Capítulo III de este trabajo en el que se analizará pormenorizadamente las exclusiones a la regla general contenida en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

En definitiva, la confesión del presunto culpable como prueba utilizada para obtener una “verdad” sesgada que conlleve a una condena ha sido utilizada a lo largo de la historia como práctica habitual, llegando su concepto y forma a nuestros días de forma muy matizada por el respeto a los derechos constitucionalmente reconocidos al que se encuentra privado de libertad, aun momentáneamente, porque a medida que la sociedad avanza avanzan también sus valores humanos. Como dice GRIMA LIZANDRA. V con la confesión “no se trata de buscar la verdad sino de hacer confesar al sospechoso”⁹⁸.

⁹⁷ En este sentido las SSTC 86/1995 de 6 de junio, 8/2000 de 17 de enero y las Sentencias del TS: 595/95 de 26 de abril, 2012/2000, de 26 de diciembre, 550/2001, de 3 de abril, 676/2001 de 24 de abril, 998/2002 de 3 de junio y 498/2003 de 24 de abril entre otras muchas

⁹⁸ GRIMA LIZANDRA. V, op. cit, pág 28

4- EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS: LOS SISTEMAS INQUISITIVO/DISPOSITIVO

El respeto a los derechos se ha convertido en una bandera democrática de la mayoría de las sociedades actuales, quedando muy bien reflejado en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia de la Primera Sala, del 21 de junio de 1977 –1BvL⁹⁹ 14/76– en relación a la cadena perpetua: “El mandato de respetar la dignidad humana significa especialmente, que se prohíben las penas crueles, inhumanas y denigrantes. El delincuente no puede convertirse en simple objeto de la lucha contra el crimen con violación de sus derechos al respeto y a la protección constitucional de sus valores sociales, los presupuestos básicos de la existencia individual y social del ser humano deben conservarse”¹⁰⁰

En la evolución hacia el respeto a los derechos humanos en las normas, y sobre todo en las procesales, está íntimamente ligada a la concepción política de los Estados y a los dos sistemas procesales por antonomasia: el inquisitivo y el dispositivo o acusatorio.

La idea de la influencia política del Estado sobre el tipo de proceso ya fue avanzada en el siglo XIX por MITTERMAIER. J.C.A que atribuía el sistema acusatorio a las sociedades democráticas con un reforzamiento de las garantías de los ciudadanos frente a los posibles abusos por parte del Estado y con una concepción política del proceso criminal mientras que el inquisitivo era más propio de las monarquías en las que se centralizaba el poder y en las que el proceso penal era “un simple negocio de administración” ¹⁰¹.

En el mismo sentido, MONTERO AROCA. J distingue ambos sistemas, centrado en el ámbito civil, en el siglo XX en función de los Regímenes imperantes en cada Estado. Así el inquisitivo sería propio de los procesos civiles de los Estados Comunistas y Fascistas¹⁰².

⁹⁹ Konkrete normenkontrollen

¹⁰⁰ SCHWABE, JÜRGEN: “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes” Konrad Adenauer Stiftung. 2009, pág 55

¹⁰¹ MITTERMAIER J. C. A “ Tratado de la prueba criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc” Imprenta de la Revista de Legislación 1877, págs 24 y 25

¹⁰² Se refiere a los “Principios fundamentales del procedimiento civil de la URSS y de las Repúblicas Federadas” de 1961, la “Ordenanza Procesal Civil” Austriaca de 1895, la Ley de 1933 de

Hay que tener en cuenta que para algunos autores la diferenciación entre ambos sistemas no aparece vinculada a momentos histórico-políticos puntuales sino que enmarcan la disyuntiva en otras concepciones como pone de manifiesto LANGER. M¹⁰³ que analiza el uso de las categorías de los sistemas acusatorio e inquisitivo en cinco, a saber:

- 1- “Tipos ideales-descriptivos” como por ejemplo concibiendo el proceso penal bien como contienda entre dos partes (acusatorio) o bien como una investigación imparcial única.
- 2- “Sistemas históricos o sociológicos” separando las jurisdicciones anglosajonas y las continentales-europeas y dentro de ellas, por ejemplo, la existencia o no de jurados populares (acusatorio) o jueces profesionales (inquisitivo). También se ha utilizado esta concepción para incluir el proceso penal europeo desde el siglo XII al siglo XIX dentro del proceso inquisitivo.
- 3- “Intereses o valores opuestos dentro del proceso penal” en el que acusatorio sería referido a los derechos del imputado e inquisitivo a la aplicación de la ley.
- 4- “Funciones del proceso penal”, el inquisitivo estaría relacionado con la función de “obtener admisiones de culpabilidad” mientras que el acusatorio no buscaría esa admisión.
- 5- “Modelos normativos” teniendo en cuenta la mayor o menor relación con los derechos humanos, con los sistemas democráticos, si el procedimiento es oral o escrito, si hay juez o jurado etc.. en definitiva esta categoría recoge características de las anteriores.

Para autores como SILVA ÁLVAREZ. O la diferencia entre dispositivo e inquisitivo no estriba en el sistema político del Estado si no en el papel que juega el juez en cuanto a la instrucción de las pruebas y a la finalidad que se le otorgue al proceso: si lo que se busca es la seguridad jurídica y social no se dotará al juez de poder en materia instructora de pruebas y, por lo tanto, estaríamos ante el sistema dispositivo. Si lo que se persigue es buscar la verdad material entonces habría que otorgarle al juez la

modificación del Procedimiento Civil y la Ley de 15 de julio de 1941 (participación del Fiscal en los procedimientos civiles) de la Alemania Nazi, el Código Procesal Civil de 1940 italiano etc. MONTERO AROCA. J: “La prueba en el proceso...”, op. cit, págs 512 y ss

¹⁰³ LANGER. M: “La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo” en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Ano I n.º 01 Janeiro/Junho 2015*. Ed. Atlas S.A

dirección en materia de prueba, aunque sea en contra de la voluntad de las partes, con lo que estaríamos ante el sistema inquisitivo¹⁰⁴.

Sea cual sea el enfoque del estudio sobre estas categorías lo que es irrefutable es que ambas están vinculadas a momentos políticos históricos concretos y a culturas diferentes, tal y como señala WAGNER. W¹⁰⁵ que considera que a partir de las revoluciones americana y francesa el sistema cambió por completo, no sólo a nivel social (con la garantía de los derechos de los ciudadanos) si no también a nivel normativo en las constituciones y, por efecto reflejo, en la codificación europea.

Así el dispositivo o acusatorio tendría su origen en el *Common Law* con la Carta Magna de Inglaterra de 1215 en la que se reflejaba la garantía de que el proceso fuera entre iguales alejado de los caprichos del Rey.

Recogido igualmente en la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) de 1689, en la Constitución de Estados Unidos de 1787 en particular en la 5ª Enmienda de 15 de diciembre de 1791 y en la 14ª Enmienda de 9 de julio de 1868 en la que se instituyó el “debido proceso legal” (*due process of law*). Mientras que en el Derecho Continental europeo reinaba el sistema inquisitivo, claro ejemplo de ello es en nuestro país en el que ya venía recogido en Las Partidas, en el Fuero Real de España (Ley XI) en la que se conmina a los juzgadores a “tratar de saber la verdad por cuantas maneras pudieren”, y ni que decir tiene la institución de la Santa Inquisición que campó a sus anchas en España desde el siglo XV hasta el siglo XIX. Otro ejemplo lo encontramos en el art. 65 de la Instrucción del Marqués de Gerona de 1854 se recogían las diligencias para mejor proveer mediante las cuales los jueces y tribunales podían exigir la práctica de las diligencias que estimaren convenientes, y, por supuesto en las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881.

En el resto de Europa también nos encontramos con varios ejemplos, como el Reglamento Josefino de 1781 del Imperio Austro-Húngaro en el que el proceso era escrito y secreto y en el que las demandas estaban sometidas a la autorización del juez teniendo éste poder absoluto en el proceso, la Ordenanza austriaca de 1895, la Ordenanza alemana de 1937, el Código italiano de 1940 o la Ley de Procedimiento Civil Soviética de 1979 en cuyo art. 16 señalaba que “El Tribunal está obligado, sin limitarse

¹⁰⁴ SILVA ÁLVAREZ. O: “Algunos comentarios sobre la relación entre el poder político y el Derecho Procesal” en *Revista de Derechos Fundamentales* n.º 2. 2008, pág 216

¹⁰⁵ WAGNER. W “Las cinco etapas del desarrollo de la legislación europea expuestas a la luz del ejemplo de Dinamarca” en *Revista de Estudios Histórico-jurídicos* n.º 10. 1985, págs 219, 220

a los datos y alegaciones presentados, a adoptar todas las medidas señaladas por la ley para esclarecer del modo más completo, multilateral y objetivo las circunstancias reales del pleito y los derechos y alegaciones de las partes¹⁰⁶”.

Como se puede observar la mayor parte de las normas inquisitoriales forman parte de momentos históricos en los que reinaban regímenes totalitarios en los que el poder del Estado era omnipresente.

Se puede decir, siguiendo a ALVARADO VELLOSO. A¹⁰⁷ que las características del sistema dispositivo se concentran en: La iniciación le corresponde únicamente al particular, el impulso procesal es de las partes, el juicio es público, existencia de igualdad de derechos entre demandante y demandado, el juez es un tercero imparcial no busca la verdad real, la confesión es un medio de defensa no de prueba y el respeto por los derechos

Mientras que en el sistema inquisitivo se centran en: El proceso lo inicia el juez, el juez es el que investiga y busca las pruebas, el juez también es el que juzga y se busca la verdad a toda costa.

En la actualidad es prácticamente imposible encontrarse un sistema acusatorio o dispositivo y un sistema inquisitivo que refleje toda la pureza de las características señaladas, más bien nos encontramos con sistemas que se podrían denominar “mixtos”¹⁰⁸ con peculiaridades de ambos ya que, por ejemplo, sería inviable un sistema dispositivo puro en el ámbito penal donde la tarea de búsqueda de pruebas resultan muchas veces inalcanzables para los particulares debido a la falta de medios, que sí posee un Estado, y a los costes, que también son posibles para la administración.

Ejemplo de un sistema mixto sería el sistema adversativo en el que la disputa corresponde únicamente a las partes que son las que impulsan el proceso, incluida la

¹⁰⁶ ALVARADO VELLOSO. A: “Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio”. Tirant lo Blanch. 2005, págs 49 y ss.

¹⁰⁷ ALVARADO VELLOSO. A: “Garantismo procesal ...”, op. cit, págs 49 y ss.

¹⁰⁸ MONTERO AROCA. J, en el ámbito del proceso civil, lo denomina “proceso social” y siguiendo a COMOGLIO distingue por un lado el modelo base, referido al Derecho Privado, en el que hay un equilibrio entre el poder del juez, en cuanto a su atribución referente a las pruebas de oficio, y los deberes de colaboración de las partes. En el que el papel del juez es de simple asistencia y ayuda a las partes, no puede suplir la iniciativa probatoria si una parte no la propuso, únicamente puede intervenir en materia probatoria cuando las partes un puedan asumir completamente su carga de la prueba.

Por otro lado están los modelos alternativos, referidos a procesos en los que se distinguen categorías específicas de intereses como resulta en los matrimoniales o arrendamientos en los que el juez tiene un verdadero poder y deber de investigación, llegando incluso en casos excepcionales a no estar vinculado “al respeto de los límites objetivos y fácticos de las demandas y de las alegaciones de las partes”. MONTERO ARTOCA. J: “La prueba en el proceso...”, op. cit, págs 531, 533.

aportación de prueba, bajo la mirada de un tercero imparcial que únicamente decide las cuestiones de hecho y de Derecho, es el sistema propio de Gran Bretaña en el que, en el ámbito penal, la investigación de los hechos y la recopilación de pruebas le corresponde exclusivamente a la policía, Ministerio Fiscal -entendidos como parte del proceso pero con imparcialidad- y al presunto culpable y a su defensa.

Sistema que puede albergar grandes ventajas en cuanto a la imparcialidad, la garantía de que se cumpla estrictamente con el derecho del investigado a la presunción de inocencia al recaer sobre la acusación, en este caso oficial pero separada de la judicial, la carga de probar tanto los hechos como la culpabilidad, unido al derecho del acusado de aportar sus propias pruebas de descargo y a contradecir las pruebas aportadas de cargo.

No obstante, en relación a la eficacia del sistema adversativo y en relación con las garantías sobre los derechos del investigado, quedaría más reforzado con la existencia de un Juez de Garantías que velara por el correcto funcionamiento de la investigación, asegurando una revisión imparcial ajena a la misma en cuanto a la legalidad y los fundamentos para conseguir una acusación.¹⁰⁹

5- ACTIVISMO FRENTE A GARANTISMO

El índice necesario para medir hoy en día el sistema procesal imperante en un territorio viene determinado por la cantidad y la calidad de los principios y garantías relativos a los derechos humanos que recoja su legislación¹¹⁰.

Este enfoque ha cobrado fuerza entre los teóricos procesalistas asumiendo dos nuevas corrientes o enfoques que sustituyen, siempre con matices, a los sistemas

¹⁰⁹ ARMENTA DEU. T critica el sistema adversativo, a pesar de reconocer sus ventajas, en cuanto a una serie de características que le son propias: “una desigualdad difícilmente tolerable, la configuración administrativa de la fase de investigación y, la incontestable realidad de un modelo “en el cielo de los conceptos jurídicos”, alejado por completo de la realidad del que llega a afirmarse que tiende a garantizar los derechos del imputado en la medida en que resulta ineficaz y sólo resulta eficaz cuando se aleja del modelo adversativo mancillando dichas garantías”.ARMENTA DEU, T: “Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal” en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, págs. 121-139, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.7>, pág 133.

¹¹⁰ Para ARMENTA DEU. T el abanico de derechos y garantías y su posible combinación es tan amplio como el número de sistemas procesales actuales. ARMENTA DEU. T: “Sistemas Procesales Penales. La Justicia Penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?”. Marcial Pons. 2012, pág 21

analizados. Se trata del “activismo” frente al “garantismo”¹¹¹ en las que se ubican las posiciones defensoras del sistema inquisitivo y del dispositivo respectivamente.

Las diferencias entre ambas corrientes se fundamentan principalmente en la finalidad del proceso y en el rol del juez durante el mismo.

Así mientras que para el activismo judicial preconiza como fin primordial del proceso la búsqueda de la verdad para lograr una decisión justa, el proceso sería la herramienta para la realización del derecho en cuanto al fondo y, por ello, le otorga a los jueces amplios poderes para llegar a ese fin, el garantismo propugna que el proceso está concebido para restablecer la paz social y para ello el juez tiene que ser un mero espectador con funciones de garante del cumplimiento del ordenamiento jurídico, especialmente de la Constitución, durante la contienda.

Los partidarios del activismo aplauden la intervención activa del juez “para lograr que la decisión de fondo esté fundada en la verdad real, evitando así que el resultado del proceso sea el manejo de una pura técnica procesal”¹¹², incluso justificando dicha intervención como método para suplir las carencias técnicas en que pueden incurrir los letrados en el marco del proceso¹¹³. Para TARUFFO. M¹¹⁴ el que las partes tengan la iniciativa en la presentación de prueba es importante pero no suficiente para llegar a la verdad efectiva de los hechos, primero porque no pueden cooperar entre ellas para llegar a descubrir objetivamente la verdad y su enfrentamiento en cuanto a la actividad probatoria por sí solo no hace que el tribunal encuentre la verdad.

En segundo lugar porque muchas veces los litigantes no están en igualdad de condiciones, existe un desequilibrio que impide que se pueda llegar a la obtención de pruebas importantes y con ello que se llegue a descubrir la verdad, de ahí que sea

¹¹¹ Entre los activistas encontramos a TARUFFO. M en Italia; PEYRANO. J.W; MORELLO. A.M; ARAZI. R en Argentina y MARANIELLO P.A en Uruguay. Entre los garantistas a FERRAJOLI. L, como máximo exponente de esta corriente o CIPRIANI. F en Italia, también a ALVARADO VELLOSO. A en Argentina; HERNÁNDEZ VILLAREAL. G en Colombia; ARIANO DEHO. E.S.M en Perú; CORREIA DE MENDONÇA. L en Portugal, y MONTERO AROCA. J; PEDRAZ PENALVA. E o LORCA NAVARRETE. A.M en España

¹¹² HERNÁNDEZ VILLARREAL. G. “Los fines del proceso civil desde la perspectiva del garantismo procesal” en *Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal* pág. 896 <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/36gabriel-hernandez-villareal.pdf>

¹¹³ PEYRANO. J. W: “sobre el activismo judicial” en *La Ley* 837/2008, y de la misma opinión MARANIELLO. P.A: “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional” en *Tla-Melaua, revista De ciencias sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México/ Nueva Época, Año 6 No 32, Abril – Septiembre 2012, pág 82

¹¹⁴ TARUFFO. M: “Investigación judicial y producción de prueba por las partes “ en *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. XV n.º 2. 2003, págs 205-213

necesario que los tribunales tengan iniciativa en la producción de prueba pero únicamente cuando la actividad probatoria de las partes no fuera suficiente para establecer la verdad de los hechos.

En el lado opuesto nos encontramos con el garantismo: corriente cuyas ideas principales fueron avanzadas por CALAMANDREI. P, COUTURE ETCHEVERRY. E. J y CAPPELLETTI. M en la década de los años 1946-1956 en cuanto al análisis de las garantías constitucionales en el proceso, y desarrolladas por FERRAJOLI. L para quien el garantismo en el ámbito penal, pero ampliable al resto de sectores del ordenamiento jurídico, supone un concepto con tres acepciones diferentes:

- 1- El Estado de Derecho: niveles de normas y niveles de deslegitimación. Como un modelo normativo basado en la estricta legalidad para paliar la divergencia existente entre el modelo normativo recogido en la Constitución y la efectividad del mismo en las normas inferiores porque para él “una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas -es decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”¹¹⁵.
- 2- Teoría del Derecho y crítica del Derecho: Como una teoría jurídica de la “validez” y la “efectividad” de las normas, no solo como categorías distintas entre sí si no también en relación a la “vigencia” y a la “existencia” de las mismas. Es decir, el desajuste existente entre las normas y la realidad es interpretado por el garantismo desde la contradicción que existe entre la validez de los sistemas normativos y la efectividad de su práctica.
- 3- Filosofía del Derecho y crítica de la política: Como una filosofía política que “impone al Derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos”¹¹⁶, se asume lo que “debe de ser” del Derecho con la finalidad de otorgar legitimidad o deslegitimidad a la ética y a la política del Estado. Se distingue lo ético-político de lo jurídico, la moral del Derecho, la relación entre los principios constitucionales y las leyes ordinarias y entre éstas

¹¹⁵ FERRAJOLI. L.: “Derecho y Razón...”, op. cit, pág 852

¹¹⁶ FERRAJOLI. L.: “Derecho y Razón...”, op. cit, pág 853

y su aplicación y, en definitiva, del Derecho en su conjunto y la efectividad del mismo.

Por ello el garantismo defiende un máximo respeto a la Constitución por parte del legislador de forma que ese compromiso de respeto se mantenga en relación a las normas que regulan el debido proceso y el derecho a la defensa, manteniendo, así mismo, la igualdad entre las partes y la imparcialidad del juez para poder dar efectividad y garantizar la protección de los derechos fundamentales.

Así FERRAJOLI. L define el garantismo como “un modelo de Derecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las Constituciones”¹¹⁷.

Para LORCA NAVARRETE. A.M el garantismo supone llevar a la práctica el cumplimiento de las garantías que las normas procesales contienen, siempre de acuerdo con la realidad constitucional.¹¹⁸

En cuanto a la finalidad del proceso no se busca la verdad tal y como ocurre en el activismo, si no que para el garantismo el problema de la verdad, sobre todo en el ámbito penal, es un problema de las “garantías del imputado frente al arbitrio de los jueces”, en cuanto al papel del juez en el proceso su autoridad no añade nada a la legitimidad de la jurisdicción “pues ni la voluntad o el consenso o el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden convertir en verdadero lo falso, o viceversa”¹¹⁹.

La validez de los actos normativos no sólo depende de su vigencia si no también de la interpretación que el juez realice de los mismos, por eso la validez está integrada por la legitimidad de la legislación pero también por la legitimación de la actuación jurisdiccional que se traduce en la independencia del juez. Mientras que el legislador se encarga de plasmar los derechos fundamentales en normas, el juez se encarga de garantizar la efectividad del cumplimiento de esos derechos, esos presupuestos son uno de los que integran la democracia política porque “ésta solo puede existir sobre la base

¹¹⁷ FERRAJOLI. L: “Garantías y Derecho Penal” en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 31. 2001, pág 171

¹¹⁸ LORCA NAVARRETE. A. M: “El Derecho Procesal como sistema de garantías” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVI n.º 107, 2003, pág 536

¹¹⁹ FERRAJOLI. L: “Epistemología jurídica y garantismo” Ed. Distribuciones Fonmara S.A 200, pág 234

de una ciudadanía integrada por sujetos cuya autonomía individual esté bien garantizada, en el plano normativo y en el de la efectividad de las normas”¹²⁰.

Lo cierto es que, a pesar de que ambas corrientes difieren entre sí, ningún ordenamiento procesal puede influir en lo que se denomina el “debido proceso”¹²¹ o “proceso justo” entendido éste como un derecho fundamental complejo que integra, a su vez, un conjunto de derechos fundamentales de carácter procesal entre los que se encuentran, siguiendo a BUSTAMANTE ALARCÓN. R¹²²: El derecho de contradicción o de defensa, el derecho a la publicidad del proceso, derecho a que las resoluciones sean motivadas, derecho a ser asistido por un abogado, derecho a ser informado de las causas por las que se le acusa, derecho a impugnar, derecho a probar o producir prueba, derecho a que se asegure la eficacia de las decisiones mediante su ejecución, derecho a que las decisiones se emitan en plazo razonable y, por último, derecho a que las decisiones emitidas sean “objetiva u materialmente justas”.

Y es que con la evolución sufrida por los estados en cuanto a la adopción de derechos y su regulación nos encontramos en la etapa de máximo respeto con su inserción en los textos constitucionales, lo que se denomina la “constitucionalización de las garantías del proceso” que hace que esas mismas garantías se refuercen por su

¹²⁰ ANDRÉS IBAÑEZ. P: “Sobre la garantía judicial de los derechos” en *Claves de Razón Práctica* n.º 90. 1990, pág 11

¹²¹ El “debido proceso” o “proceso Justo” , traducción de la expresión inglesa “due process of law” tiene su origen en el Derecho Británico en la Carta Magna del Rey Juan “sin tierra” del año 1215 en la que prohibía que ningún hombre fuera detenido, prisionero, exilado o arruinado sin un juicio previo. Posteriormente fue recogido en varias constituciones norteamericanas como la de Maryland en Pensylvania o en la de Massachussets y más tarde en las enmiendas V y XIV de la Constitución de Estados Unidos.

En palabras de HOYOS. A: El debido proceso es “una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso -legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas- oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a Derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos”. HOYOS. A: “El debido proceso” Ed. Tamis S.A 1996, pág 54

¹²² BUSTAMANTE ALARCÓN. R: “El derecho fundamental a un proceso justo...”, op. cit pág 17. nota 47 citando a HOYOS. A: “El debido proceso” Ed. Tamis S.A 1996, pág 54 y a ABAD YUPANQUI. S “¿Procede el amparo contra resoluciones judiciales?”, en *Lecturas sobre temas constitucionales* n.º 2, Comisión Andina de Juristas, con el auspicio de la Fundación Friedrich Nauman, 1978, págs 48, 49.

superioridad normativa que se extiende tanto a los ciudadanos como a los órganos del Estado¹²³.

Se han superado los conceptos ya vistos de ordalías y torturas en los que lo que se pretendía era buscar la verdad en el proceso a toda costa sin importar los métodos y hoy por hoy, en el ámbito penal sobre todo, el investigar la verdad no constituye un “valor absoluto, si no que se halla limitada por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho”¹²⁴.

En este contexto de garantías como limitación de ese “valor absoluto”, en el que va implícito el poder estatal utilizado en épocas anteriores como justificación para dar cumplimiento a la idea de averiguación de la verdad como fin primordial del proceso, se incardina el derecho a la prueba y, por ende, la exclusión de las pruebas conseguidas mediante la vulneración de derechos, convirtiéndose así en una garantía contenida implícitamente dentro de la categoría de derechos fundamentales como así lo ha reconocido el TC en la sentencia 114/1984 de 29 de noviembre, sentencia introductoria de la regla de exclusión probatoria y origen de del artículo 11 de la LOPJ, en cuyo FJ segundo establece: “...no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos”.

Doctrina reiterada en numerosas sentencias entre las que destaca la STC 81/1998 de 2 de abril en cuyo FJ segundo lo señala más claramente: “aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho

¹²³ CAROCCA PEREZ. A: “Garantía constitucional de la defensa procesal”, José María Bosch Editor, 1998, pág 67 y 68

¹²⁴ DE URBANO CASTRILLO. E: “Prueba ilícita en particular” en *La Prueba en el Proceso Penal II Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 9. 1996, pág 219

que la Constitución insta, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso (STC 114/1984, fundamentos jurídicos 2º y 3º)¹²⁵”.

Se configura así la regla de exclusión probatoria como una garantía máxima dentro del Estado de Derecho, vinculada a la protección de los derechos fundamentales y en particular a las garantías del proceso recogidas en el art. 24.2 de la CE y, por ende, a la idea del “debido proceso”, y es que “Debemos tener claro que la lucha contra la delincuencia no es incompatible con la más escrupulosa observancia de las garantías constitucionales. Todo lo contrario: su cumplimiento constituye la esencia del Estado de Derecho y la demostración más palpable de su superioridad ética frente a otros tipos de Estado”¹²⁶.

III- EL DERECHO A LA PRUEBA. CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Se puede considerar que el Derecho a la prueba es una manifestación del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium, et non secundum conscientiam suam*, según la cual el juez debe juzgar sobre los alegatos y las pruebas de las partes y no según su conciencia, interpretando éste como un reconocimiento implícito del derecho de las partes a aportar prueba y que la misma sea valorada por el juzgador.

A pesar de que la máxima aludida data de los S. XIII y XIV el derecho a la prueba como tal no aparece reconocido ni dotado de protección expresamente hasta la CE de 1978 en cuyo art. 24.2 se establece: “Asimismo, todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, (...)”¹²⁷, el derecho a la prueba

¹²⁵ Entre las sentencias que han apoyado esta doctrina nos encontramos con las SSTC: 69/2001, de 17 de marzo FJ 26, 28/2002, de 11 de febrero FJ 4 y 22/2003, de 10 de febrero, FJ 12

¹²⁶ GÁLVEZ MUÑOZ. L: “La ineficacia de la Prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Normas y Jurisprudencia (TEDH, TC, TS, TSJ Y AP) en los ámbitos Penal, Civil, Contencioso-administrativo y social”. Ed. Thomson- Aranzadi, serie Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional n.º 10, 2003, pág 67

¹²⁷ La mayor parte de la doctrina ha señalado que a pesar del tenor del art. 24.2 de la CE del que se desprende que sus mandatos están pensados y elaborados únicamente para el ámbito penal, porque así se debatió en la Ponencia de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas en la que un diputado manifestó que esa redacción era únicamente aplicable a los procesos penales a lo que fue respondido por el defensor del informe “Efectivamente, este número 2º se refiere al proceso penal; pero eso es, como muy bien sabe el señor López Rodó, lo que en todos los textos de derechos fundamentales se protege, porque es lo que afecta a la libertad de la persona” (Diario de Sesiones del Congreso de los

se configura como una de las garantías más palpables del proceso, sobre todo en el ámbito penal en el que el poder punitivo del Estado se despliega con mayor magnitud. Al encontrarse incardinado dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE, goza de una protección reforzada al exigirse, por la propia CE, que su desarrollo sea a través de Ley Orgánica, y porque está garantizado a través de un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios y, por supuesto, ante el TC mediante el recurso de amparo. Esa protección extrema es lo que ha llevado a la doctrina alemana a acuñar el término de “derechos fundamentales a la justicia” *Justizgrundrechte*¹²⁸ que agrupa una serie de derechos que, en nuestra Constitución y en términos generales, se corresponderían con los derechos recogidos en los arts: 15 (derecho a la vida y prohibición de la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes), 17 (derecho a la libertad y a la seguridad), 24 (derecho a la tutela judicial efectiva, derecho al juez predeterminado por ley, derecho a la defensa, derecho a la prueba y a la presunción de inocencia, entre otros), y el 25 (prohibición de condenar o sancionar por acciones u omisiones que en el momento de su comisión no constituyan delito y pena como re educación y re inserción con prohibición de imponer trabajos forzados y privación de libertad impuesta por la Administración civil).

El derecho a la prueba se presenta como uno de los más relevantes e íntimamente enlazado con el resto de derechos fundamentales en lo que a prueba prohibida se refiere puesto que la vulneración de alguno de ellos conllevaría la inhabilitación de la prueba en el proceso, constituyendo así un límite al propio derecho a la prueba.

A partir de su reconocimiento constitucional mucho se ha escrito sobre su concepto, naturaleza jurídica, contenido y su posición en la clasificación de los derechos fundamentales por la jurisprudencia del TC que desde su creación en el año 1979 ha venido matizando el contenido del derecho a la prueba y al que se ha unido la doctrina.

Diputados, sesión del 22 de mayo de 1978, pág. 1118, 1121), es indudable que es de aplicación en todos los órdenes jurisdiccionales MONTERO AROCA. J: “La prueba en el proceso..”, op. cit pág 105.

Porque se desprende implícitamente de los Tratados y Acuerdos Internacionales relativos a los derechos humanos y que han sido ratificados por España, PICÓ I JUNOY. J: “El derecho a la prueba en el proceso civil”. Ed. Jose María Bosch editor, S.A. 1996, págs 31, 32

¹²⁸ TIEDEMANN. K: “Constitución y Derecho Penal”. Trad. ARROYO ZAPATERO. L. En *Revista Española de Derecho Constitucional. Año 11, nº 33. 1991* pág 146

1- DOCTRINA CIENTÍFICA

La doctrina ha elaborado diversos conceptos relativos al derecho a la prueba basados en la finalidad del proceso, y más concretamente a la de la prueba, como quedó reflejado al inicio de este trabajo en el que se trató el concepto de prueba desde esa perspectiva relacionándolo con las dos corrientes mayoritarias que distinguían la búsqueda de la verdad o de la certeza en el juzgador como justificación de la necesidad de la existencia de la prueba¹²⁹.

En este sentido, y en relación con el objetivo de conseguir la certidumbre del órgano encargado de juzgar la controversia, PICÓ I JUNOY. J define el derecho a la prueba como el derecho que poseen los litigantes de utilizar los medios de prueba con la finalidad de llegar al convencimiento del juzgador sobre los hechos discutidos en el proceso¹³⁰.

En la otra tesis relativa al fin de la prueba como averiguación de la verdad TARUFFO. M da un concepto de derecho a la prueba basado en la verdad como: “el derecho de la parte a utilizar toda la evidencia que tiene para demostrar la veracidad de los hechos que fundamentan su reclamación”¹³¹.

¹²⁹ Ver lo expuesto en el apartado 1 del Capítulo I de la presente obra “CONCEPTO DE PRUEBA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FINALIDAD COMO BÚSQUEDA DE LA VERDAD” en el que se recogen las opiniones de los partidarios de considerar que el fin último de la prueba es la búsqueda de la verdad: SHÖNKE. A; BENTHAM. J, FRAMARINO DEI MALATESTA. N; TARUFFO. M; BOUZAT. A; CANTARO. A.S; CARACCILO. R; CARNELUTTI. F, y de los que consideran que es buscar la certeza o el convencimiento del juez sobre los hechos alegados por las partes: MIRANDA ESTAMPRES. M; GOLDSCHMIDT. J; OLIVER MAESTRE. S.J; MONTERO AROCA. J; SANJURJO RIOS. E; GONZÁLEZ GRANDA. P; BARONA VILAR. S; ROSENBERG. L.

¹³⁰ “..Aquel que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”. PICÓ I JUNOY. J.”El derecho a la prueba...” págs 18,19. En el mismo sentido, para BUSTAMANTE ALARCÓN. R: “ Se trata de aquel elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo en virtud del cual todo sujeto de derecho que participa, o participará, como parte o tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tiene el derecho a producir la prueba necesaria para formar la convicción del juzgador acerca de los hechos que configuran, o configurarán, su pretensión o su defensa”. BUSTAMANTE ALARCÓN, R: “El problema de la "Prueba Ilícita": Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal en: *THEMIS: Revista de Derecho*, nº. 43. 2001 (Ejemplar dedicado a: Derecho Procesal), págs. 137-159.

¹³¹ “Il diritto della parte di impiegare tutte le prove si cui dispone, al fine di dimostrare la verità dei fatti che fondano la sua pretesa”. TARUFFO, M: “Il diritto alla prova nel processo civile” en *riv. Diritto processuale civile* nº1. 1984, págs 77 y 78.

En el mismo sentido VIVARES PORRAS. L.F considera que: “este derecho se compone de la facultad de usar todas las pruebas disponibles para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión y la resistencia a la pretensión, de la legítima expectativa a que las pruebas sean oportunamente practicadas en el proceso, de la posibilidad de exigir al juez una valoración racional de las pruebas practicadas y del deber de éste para justificar sus decisiones respecto de los hechos del litigio y el material probatorio aportado”. VIVARES PORRAS. L.F: “El juicio de proporcionalidad como garantía del

En cuanto a la Naturaleza Jurídica de este derecho la doctrina es unánime en elevar este derecho a la categoría de fundamental, calificándolo como derecho subjetivo de contenido procesal y de configuración legal.

Como derecho fundamental al gozar de su posición privilegiada en el texto constitucional en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I y, por lo tanto, dotado de la máxima protección como se apuntó anteriormente.¹³² Como derecho subjetivo porque la titularidad de ese derecho les corresponde a todas las partes en el proceso y no únicamente al demandado.¹³³ El Carácter procesal viene determinado porque su ejercicio se circunscribe al ámbito del proceso de cualquier orden jurisdiccional.¹³⁴ Y, por último, es un derecho de configuración legal, de tal manera que es el legislador el que establece su contenido en función de las características propias de cada procedimiento¹³⁵.

Más controversia suscita la relación de este derecho con el resto de derechos fundamentales procesales contenidos en el propio art. 24 de la CE, así para la mayoría de autores que consideran que el derecho a la prueba es inseparable del derecho de defensa: Algunos consideran que están íntimamente ligados el derecho a la prueba y el

derecho a la prueba” en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB*. Vol. 45. nº. 123. 2015, pág 444

¹³² Para SÁNCHEZ CARRIÓN. J.L el que tenga la categoría de fundamental supone que : “el derecho a la prueba posee, además de su importancia específica jurídico-individual, una significación jurídico-constitucional por cuanto presenta una eficacia simultánea como elemento de defensa y elemento del Ordenamiento jurídico, como derecho de participación y garantía procesal, como derecho de prestación y directriz para el Legislador”. Para este autor la redacción del art 24 de la CE es confusa porque se refiere a “utilizar los medios de prueba pertinentes” sin hacer mención específica al derecho a la prueba como tal, por lo que entiende que: “ no se puede hablar sólo de un derecho fundamental limitado a utilizar los medios de prueba pertinentes sino del derecho fundamental genérico a la prueba y, dentro del mismo, a tres modalidades o vertientes específicas que configuran el contenido pleno del derecho y que aparecen incardinadas en otros tantos derechos fundamentales autónomos : El derecho a los medios de prueba pertinentes, el derecho a un proceso con todas las garantías legales y el derecho de defensa, o lo que es igual, la prohibición constitucional de la indefensión SÁNCHEZ CARRIÓN. J.L: “La vertiente Juridicoconstitucional del Derecho a la prueba en el Ordenamiento Español” en *Revista de Derecho Político* núm 42. 1997, págs 190 y 191

¹³³ PICÓ I JUNOY. J considera que el “término “defensa” se refiere a los intereses respectivos que los litigantes defienden y no a una específica posición procesal activa o pasiva. Lo contrario supondría dejar a una de las partes en una manifiesta posición de indefensión” PICÓ I JUNOY. J: “ El derecho a la prueba...”, op. cit, pág 34

¹³⁴ Ver nota 129 en lo referente a su aplicación a todo tipo de procesos. Para UREÑA CARAZO. B “Estas garantías son predicables en todas las jurisdicciones- civil, penal, laboral, contencioso-administrativa y militar-, aunque algunas de ellas rigen, fundamentalmente, en el ámbito penal” opinión avalada por la jurisprudencia constitucional. UREÑA CARAZO. B, op. cit pág 122

¹³⁵ CAAMAÑO DOMINGUEZ. F: “El derecho a la defensa y a la asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes” en *Cuadernos de Derecho Público* n.º 10. 2000, pág 127

derecho de defensa y que es aplicable a todo proceso¹³⁶, otros consideran que el tenor literal del art. 24.2 de la CE supone la estrecha relación entre ambos derechos debido a la expresión “para su defensa”, calificando el derecho a la prueba como de “instrumental” o “complementario” y que es una consecuencia directa del derecho de defensa,¹³⁷ criticando la postura de la jurisprudencia constitucional que vincula el derecho a la prueba con el de presunción de inocencia y a no padecer indefensión y ello ha supuesto que el derecho a la prueba pierda autonomía y se vacíe de sus propios contenidos¹³⁸

Para otros autores, fundamentalmente iberoamericanos, el derecho a la prueba está más vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho a un proceso justo o debido proceso, posiblemente por la influencia del derecho norteamericano en el que el *due process of law* recoge todos los derechos y las garantías procesales.

En este marco BUSTAMANTE ALARCÓN. R considera que el derecho a la prueba es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva y del debido proceso “pues no tendría sentido que un sujeto de derechos pueda llevar a los órganos competentes un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica si no se le permite aportar los medios probatorios pertinentes para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa”¹³⁹.

Sin embargo RUIZ JARAMILLO. L.B considera que no todos los derechos fundamentales tienen que tener un contenido independiente de otros derechos pero que el derecho a la prueba tiene contenidos que no están incluidos dentro de otros derechos, en concreto del debido proceso porque éste actúa como límite e incluso el derecho a la prueba puede ir en contra del debido proceso, como sucede con las exclusiones de la prueba prohibida y su efecto reflejo¹⁴⁰.

¹³⁶ ABEL LLUCH. X: “ A propósito del juicio sobre la admisión de los medios de prueba” en *Prueba y Decisión Judicial texto presentado en las VII Jornadas Internacionales de Derecho Procesal Contemporáneo, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín (Colombia), el 12 de marzo de 2010*

¹³⁷ PICÓ Y JUNOY. J: “El derecho a la prueba...”, op. cit, pág 35, UREÑA CARAZO. B, op. cit, pág 239, FERRER BELTRAN. J: “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales” en *Jueces para la democracia*, nº 47, 2003, pág 27, entre otros.

¹³⁸ CAAMAÑO DOMINGUEZ. F, op. cit, pág 126

¹³⁹ BUSTAMANTE ALARCÓN. R: “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial” en *ius veritas* n.º 14. 1997. pág 177

¹⁴⁰ RUIZ JARAMILLO, L.B: “El derecho a la prueba como un derecho fundamental” en *Estudios de Derecho*. Vol. 64 n.º 143. 2007, pág 189

En cuanto al contenido del derecho, la doctrina considera que forman parte del derecho a la prueba, tal y como viene contenido en el art. 24 de la CE, los siguientes derechos, teniendo en cuenta que estos derechos están interrelacionados de tal manera que uno no puede existir sin los siguientes¹⁴¹:

1. A proponer prueba. Este derecho no es ilimitado y los principios que lo rigen constituyen, a su vez, un límite intrínseco al propio derecho a la prueba ya que la proposición de prueba se tiene que regir por una serie de principios como son el de legitimidad, pertinencia, utilidad, idoneidad y licitud¹⁴².
2. A la admisión de los medios de prueba por el órgano judicial, siempre y cuando reúna los requisitos legalmente establecidos con los límites expuestos anteriormente.
3. A la práctica de los medios de prueba que hayan sido admitidos puesto que, una vez admitidos por cumplir las exigencias impuestas legalmente, su no denegación supondría una violación del derecho a la prueba¹⁴³.
4. A la intervención efectiva en su práctica.

¹⁴¹ MONTERO AROCA, J: “La prueba en el proceso...”, op. cit, págs 108 a 111. Otros autores como UREÑA CARAZO. B; PICÓ I JUNOY. J; FERRER BELTRÁN. J resumen el contenido del derecho a la prueba en : Que se admita, que se practique y que sea valorada por el juzgador

¹⁴² UREÑA CARAZO, B, op. cit, pág 243. BUSTAMANTE ALARCÓN, R: “EL derecho fundamental a probar...”, op. cit, págs 179 y ss.

Así se desprende de lo estipulado en la LEC en el art. 283 relativo a la prueba impertinente, inútil e ilícita, al igual que en el art. 90.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social en el que se establece la necesidad de que las partes justifiquen la utilidad y pertenencia de las diligencias que propongan, y en el párrafo 2 en el que se rechazan las pruebas obtenidas, directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales.

PICÓ Y JUNOY. J Distingue dos tipos de límites en cuanto al derecho a la prueba: Límites intrínsecos o inherentes a la actividad probatoria siendo éstos la pertinencia y la licitud de la prueba y los límites extrínsecos referidos a las formalidades y modo procedimental necesario para poder ejercitarlo válidamente. PICÓ Y JUNOY, J: “El derecho a la prueba...”, op. cit, págs 39 y ss.

Para FERRER BELTRÁN. J el único límite que existe es la relevancia de la prueba propuesta. FERRER BELTRÁN, J, op. cit, pág 28.

¹⁴³ Para SÁNCHEZ CARRIÓN. J.L la vulneración del derecho a la prueba por los órganos judiciales puede ser: “las vulneraciones constitucionales del artículo 24.2 CE pueden sobrevenir por la actuación de los órganos judiciales en la práctica de la prueba en los siguientes casos: 1) Por un lado, cuando a pesar de prever claramente la norma la solución a la práctica de la prueba en un supuesto concreto, el órgano judicial adopta una decisión contraria a la práctica de dicha prueba, ocasionando indefensión constitucional. 2) Cuando, admitida una prueba, no se practica a causa de una inactividad achacable en exclusiva al órgano judicial. 3) Cuando admitida inicialmente la práctica de una prueba, el órgano judicial deniega posteriormente dicha práctica mediante una nueva resolución, bien de oficio o a causa de algún recurso de parte que le haga modificar su inicial decisión. 4) Cuando la prueba admitida se practica fuera de la sede o del plazo legalmente previstos, a causa de negligencia de los órganos judiciales, y no se admite luego su unión a los autos o no se tiene en cuenta en la sentencia o resolución definitiva”. SÁNCHEZ CARRIÓN. JL, op. cit, págs 201,202

5. A que las decisiones judiciales sobre admisión de los medios de prueba sean motivadas para evitar la vulneración del derechos
6. A la valoración por parte del juzgador de los medios de prueba practicados

PICÓ Y JUNOY. J.¹⁴⁴ considera que el derecho a la prueba tiene unos límites que los clasifica en dos tipos: Límites intrínsecos, propios de la actividad probatoria, entendiendo como tales la pertinencia y la licitud de la prueba y límites extrínsecos, que vendrían constituidos por los requisitos procesales establecidos en la ley en cuanto a las formalidades de su ejercicio.

Uno de los aspectos más importantes, desde el punto de vista procesal, en relación con el tema de la prueba prohibida consiste en determinar en qué momento, en qué fase del proceso sería conveniente la exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales.

Para poder llegar a una conclusión es necesario partir de conceptos procesales cuya influencia es determinante a la hora de decidir esa exclusión probatoria puesto que en virtud de la opinión que se tenga de los mismos dará como resultado la aplicación de la regla de exclusión o la utilización de otros remedios recogidos en la legislación procesal que determinan y reconducen la ilegalidad al sistema de nulidades o, como mucho, a la alegación de la interdicción de la indefensión pero en un plano ajeno y diferente al ocupado por la prueba prohibida.

En este sentido los conceptos de fuentes y medios de prueba, y sobre todo su distinción, ocupan un lugar preferente en la argumentación de este tema ya que constituyen el eje sobre el cual gira esa dialéctica.

La prueba prohibida también presenta aspectos confusos en cuanto a los supuestos en los que existe prueba preconstituída y prueba anticipada, qué efectos tiene la exclusión probatoria sobre las mismas y el momento en que es decisiva su apreciación.

¹⁴⁴ PICÓ Y JUNOY. J: “El derecho a la prueba...”, op. cit, págs 39 y ss.

1.1- Fuentes y Medios de Prueba

La distinción entre fuentes y medios de prueba ha sido una de las más relevantes entre los procesalistas contemporáneos, la terminología fue instaurada por BENTHAM. J en su obra “Tratado de las pruebas judiciales”¹⁴⁵ y desarrollada por CARNELUTTI. F para quien las fuentes de prueba son los hechos que ayudan a la deducción del hecho a probar y constituyen la representación de éste mientras que los medios de prueba constituyen la actividad del juez a través de la cual busca la verdad del hecho a probar, para CARNELUTTI. F: “El testigo y el documento, en particular, son medios de prueba y no pruebas. A este respecto también la fórmula “medios de prueba” debe ser aclarada, advirtiendo que quiere significar no tanto la utilidad cuanto el destino del medio de prueba; el testigo o el documento, por ejemplo, pueden no proporcionar la prueba que a ellos se le requiere; el testigo reticente lo mismo que el documento anónimo son útiles a la prueba histórica, aún cuando puedan proporcionar medios útiles a la prueba crítica”¹⁴⁶ considerando prueba histórica el testimonio o el documento y prueba crítica sirve para verificar el juicio dado por las partes.

Algunos autores se han referido únicamente a medios de prueba como diferenciados de la prueba en sí misma:

Para ROSENBERG. L¹⁴⁷ los medios de prueba son las cosas corporales que proporcionan al juez “una percepción sensible, los portadores de la intuición o de la transmisión” y añade que también es medio de prueba lo que consigue el magistrado a través de esa percepción sensible. Distingue entre: Medios de prueba (*instrumentum*), como lo que facilita al magistrado la percepción sobre el objeto de la prueba, materia de prueba, lo que proporciona el medio de prueba y argumento de prueba, todo lo que sirve al magistrado para formar su convencimiento.

Por su parte RENDETI. E¹⁴⁸, siguiendo la distinción propugnada por BENTHAM. J, el concepto de prueba desde dos perspectivas: La subjetiva que vendría dada por el resumen de todo lo que el juez observe y las conclusiones que él extraiga de

¹⁴⁵ BENTHAM. J, op. cit. T. I y T. II

¹⁴⁶ CARNELUTTI. F: “Derecho y Proceso”, op. cit, pág. 152

¹⁴⁷ ROSENBERG. L, op. cit, págs 201 y ss

¹⁴⁸ RENDETI. E: “Derecho Procesal Civil. Tomo I”. Traducción de Sentís Melendo y Ayerra Redín. Ed. Jurídicas Europa- América, págs 281-283.

los hechos o de las cosas materiales que se deduzcan en el proceso, es decir: su convicción de los hechos y la objetiva que se correspondería con los medios de prueba que serán las cosas materiales o corporales de los que se pueda extraer un convencimiento. Dentro de esos medios de prueba distingue:

Preconstituídos como “los que consisten en cosas a las que se les ha dado primeramente, fuera del proceso, una cierta especificación para que de su exámen el juez pueda recabar elementos de convicción (documentos, una marca impresa sobre un objeto, etc) y simples: “se forman en el proceso mismo mediante actividad ad hoc (ergo hechos procesales y no cosas) como por ejemplo una prueba testifical

Sin embargo el propio RENDETI. E reconoce que esa distinción puede resultar confusa porque el exámen de las pruebas preconstituídas puede exigir hechos procesales y viceversa, de hecho esta teoría ha sido criticada por SENTIS MELENDO. S¹⁴⁹ al considerar que era inútil y MONTERO AROCA. J¹⁵⁰ por considerar que esa teoría contiene un error en el punto de partida puesto que “todas las pruebas tienen algo de extraprocesal y también algo de procesal, dado que en todas ellas existe algo previo al proceso (la fuente) y algo que se realiza en el proceso (el medio), de modo que no puede existir medio de prueba si antes no hay fuente de prueba”. El propio SENTÍS MELENDO. S¹⁵¹ desarrolló la teoría iniciada por CARNELUTTI. F y realizó una distinción, más concreta y efectiva, sobre fuentes y medios de prueba.

Así las fuentes de prueba serían “los elementos que existen en la realidad” siendo un “concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso” esa realidad seguirá existiendo aunque el proceso no continúe en cuyo caso no tendrá repercusiones procesales pero sí materiales, las fuentes son preexistentes al proceso y sería “lo sustancial y material” y los medios de prueba serían “la actividad para incorporarlas al proceso” por lo que su existencia depende de la existencia del proceso ya que nace y se forma en el proceso produciendo, por tanto, efectos procesales y se correspondería con “lo adjetivo y formal”, es decir: la actividad.

¹⁴⁹ SENTIS MELENDO, S, op. cit; págs 160 y ss. 342 y ss

¹⁵⁰ MONTERO AROCA, J: “La prueba en el proceso...”, op. cit, pág 147

¹⁵¹ SENTIS MELENDO. S, op. cit, págs 141, 142, 144, 150, 151, 156

Esa distinción ha sido seguida por MONTERO AROCA. J¹⁵² que señala que la fuente es “lo que ya existe en la realidad” y medio “el cómo se aporta al proceso”.

Para DE URBANO CASTRILLO. E¹⁵³ las fuentes “tienen carácter preprocesal” y los medios “están dirigidos a llevarse al proceso”.

ABEL LLUCH. X¹⁵⁴ va más allá e identifica las fuentes y medios de prueba con la asimetría que existe entre el Juez y el abogado: “Las fuentes de prueba son los instrumentos que deben averiguar el letrado para acreditar sus afirmaciones de hecho y son, por definición, ilimitadas. Los medios de prueba son los instrumentos de que se sirve el juez para verificar las afirmaciones fácticas de las partes y son los previstos por el legislador”.

La importancia de la distinción entre fuentes y medios de prueba para la prueba prohibida es fundamental, el propio TC ha considerado que la doctrina de la inadmisibilidad de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales se aplica al momento de la obtención de la misma no en el momento de su admisibilidad o práctica ya que ahí sería de aplicación la regla de la interdicción de indefensión¹⁵⁵, es decir, especifica que la prohibición se reduce a la obtención de las fuentes de prueba no así en los medios. Esta postura ha sido seguida por autores como PASTOR BORGONÓN. B que clasifica las posibles prohibiciones probatorias en función de las fuentes y los medios de prueba¹⁵⁶. Para MONTERO AROCA. J la ilicitud se ha de producir en el momento de obtención de las fuentes puesto que la actividad que se realiza dentro del proceso, los medios de prueba, no puede tacharse de ilícita o prohibida al estar realizada conforme a lo que estipula la ley, en ese caso será ilegal por ser contraria a la norma

¹⁵² MONTERO AROCA. J: “La prueba en el proceso...”, op. cit. pág 147

¹⁵³ DE URBANO CASTRILLO. E: “La prueba ilícita en particular...”, op. cit, pág 214

¹⁵⁴ ABEL LLUCH. X: “A propósito del juicio de admisión ...” op. cit, págs 156 y 157

¹⁵⁵ STC 64/1986, de 21 de mayo. FJ 2

¹⁵⁶ PASTOR BORGONÓN. B: “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas” en *Rev. Justicia*, nº 2. 1986, págs 339 y sig. Para esta autora las prohibiciones probatorias se dividirían en “aquellas derivadas de restricciones relativas a la investigación de los hechos -búsqueda y obtención de fuentes de prueba-, y las que resultan de restricciones relacionadas con la incorporación de las fuentes de prueba al proceso -admisión y práctica de medios de prueba” encuadrando la prohibición probatoria del art. 11.1 de la LOPJ dentro del primer grupo.

De la misma opinión TOMÉ GARCÍA. J.A: “Fase Decisoria (II) La Prueba” en “Derecho Procesal Penal” (Ob. Col) DE LA OLIVA SANTOS. A, ARAGONESES MARTÍNEZ. S y otros. Ed. Universitaria Ramón Areces. 2007, pág. 510.

reguladora de ese medio pero eso es diferente a lo que es la ilicitud en la obtención de la fuente de prueba¹⁵⁷.

Sin embargo, esta postura ha sido ampliamente criticada por la doctrina, así ASECIO MELLADO. J.M para el que esta interpretación no le parece suficientemente amplia ya que no se contaría con las prohibiciones de procedimiento de prueba y el término “obtención” de prueba recogido en el art. 11 de la LOPJ hace referencia a un sentido más amplio extendiéndose también a la práctica de los medios¹⁵⁸. Si no se cumplen con las normas legales en el momento de obtener la fuente de prueba, así como aquellas que rigen su incorporación al proceso, su aseguramiento, custodia y conservación, la fuente no puede ser utilizada como prueba en el acto del juicio oral¹⁵⁹.

MIRANDA ESTAMPRES. M por su parte considera que la ilicitud se puede producir en ambos momentos, en la obtención de la fuente y en la práctica de los medios de prueba, así clasifica la ilicitud en función del momento en que ésta se produce en “ilicitud extraprocesal” que sería aquella referida a las fuentes, a su obtención, y que se produciría en el momento de la investigación y en “ilicitud intraprocesal” cuando afecta a la proposición, admisión y a la práctica de la prueba ya dentro del proceso¹⁶⁰.

GÁLVEZ MUÑOZ. L considera que la crítica a esa opinión está justificada por dos razones: la primera porque la interdicción de la indefensión no acoge todas las posibles violaciones de derechos fundamentales que se puedan dar en el marco de la admisión y práctica de los medios de prueba (en concreto en lo que afecta a los derechos

¹⁵⁷ MONTERO AROCA. J: “La prueba en el proceso...”, op. cit, págs. 167 y sig y en “La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. (Un estudio jurisprudencial)”. Ed. Tirant lo Blanch. 1999, pág.357.

¹⁵⁸ ASECIO MELLADO. JM: “Prueba prohibida y prueba preconstituida”. Ed. Trivium. 1989, pág 81 y sig. Clasifica la prueba prohibida según los presupuestos sobre los que recaiga, así sería: Búsqueda de fuentes de prueba que, a su vez, se divide en aquellos hechos no susceptibles de investigación (discriminando los que están cubiertos y protegidos por el secreto profesional) y aquellos que si se pueden investigar pero a través de los mecanismos y respetando los presupuestos que recoge la ley (diferenciando la obtención de pruebas vulnerando derechos o garantías constitucionales por la vía de hecho y aquellos en los que la utilización de los medios probatorios no son autorizados por la ley). En segundo lugar la prueba prohibida se referiría a la aplicación de métodos ilícitos a las fuentes de prueba infringiendo el art. 15 de la CE y, por último, también se referiría a la “obtención de prueba con infracción del derecho de defensa y valoración como prueba de lo que no es tal con vulneración de derechos fundamentales”

¹⁵⁹ MORENO CATENA. V: “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal” en “*Prueba y Proceso Penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*” (Ob. Col). GÓMEZ COLOMER. J.L.(Coord) Ed. Tirant lo Blanch. 2008, pág. 99

¹⁶⁰ MIRANDA ESTAMPRES. M: “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”. Ed. JM Bosch Editor. 1999, págs. 26 y sig.

fundamentales de carácter sustantivo) y en segundo lugar porque, en su opinión, esa limitación puede llevar a “consecuencias absurdas” al ser aplicable un régimen jurídico distinto según el momento en el que se produzca la violación de los derechos¹⁶¹

En nuestra opinión, es indudable que la obtención de fuentes en el proceso penal es el momento en el que se deben de observar las mayores garantías para preservar la legalidad y que puedan constituir, posteriormente, las pruebas en las que se pueda fundar una acusación o una defensa. Es, efectivamente, en ese momento (en la obtención de las fuentes de prueba) donde la violación de derechos se puede hacer más patente y donde la prueba prohibida puede operar.

En cuanto a los medios de prueba: están recogidos en la ley y se desarrollan en la fase de juicio oral bajo los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad lo que hace prácticamente imposible que se produzcan violaciones de derechos fundamentales durante su práctica, pensemos en que, por ejemplo, la prueba testifical o la confesión practicada en el acto del juicio oral se realizaran bajo amenazas, coacciones o violencia, esa situación nos reenviaría a situaciones históricas pasadas (ordalías y torturas), y que hoy en día están superadas.

Una de las razones que apoya la teoría de que el ámbito de actuación de la prueba prohibida es en el momento de la obtención de las fuentes de prueba es aquella que atribuye la justificación de la existencia de la prueba prohibida en el efecto disuasorio que ésta crea con respecto a los agentes encargados de llevar a cabo las investigaciones penales¹⁶², por lo tanto si la regla de exclusión probatoria se fundamenta en conseguir que los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, que son los encargados de buscar y obtener los indicios que luego se convertirán en prueba en el juicio oral (fuentes de prueba) se abstengan de realizar conductas ilícitas durante la investigación, quiere decir también que ese mismo fundamento recae sobre las fuentes, no sobre los medios.

¹⁶¹ GÁLVEZ MUÑOZ. L, op. cit, págs. 100 y 101.

¹⁶² Vid. Cap. III. Apto IV de esta obra

1.2- Prueba Preconstituida y Prueba Anticipada

Como ya se apuntaba, la violación de derechos que desemboca en la existencia de prueba prohibida se produce en la obtención de la misma, en sus fuentes y es por ello que tanto la prueba preconstituida como la anticipada juegan un papel fundamental a la hora de que su práctica sea acorde con los requisitos garantistas que la ley prevee.

Ambos actos se realizan antes de la fase de juicio oral como excepción a la regla general de que la prueba debe practicarse en el propio acto bajo los principios de oralidad, contradicción e inmediación, recogiendo la propia LECrim que el Tribunal debe apreciar según su conciencia las “pruebas practicadas en el juicio”¹⁶³, esa excepcionalidad es fruto de la imposibilidad de poder ser practicadas en el propio acto del juicio oral debido a su irrepetibilidad o a su fugacidad pero se diferencian tanto en su cometido (la prueba preconstituida tendría como función “la guarda o custodia de las fuentes de prueba” y la prueba anticipada consistiría en “la práctica del acto de prueba”) como en el medio de prueba en el que interviene (testifical y pericial en la prueba anticipada y documental en la preconstituida) y en la autoridad interviniente (en la

¹⁶³ La evolución del criterio jurisprudencial de la mano del TC ha ido partiendo de la consideración interpretativa del art. 741 de la LECrim como una regla rígida en la que únicamente la valoración de las pruebas por parte del Tribunal se tiene que ceñir a las practicadas en el juicio oral para continuar poco a poco con una interpretación más laxa hasta el reconocimiento de la prueba preconstituida o anticipada.

El TC consideró en su Sentencia 31/1981, de 28 de julio, que para que la confesión del procesado tenga el valor de prueba condenatoria que desvirtúe la presunción de inocencia es necesario que sea ratificada en el acto del juicio oral, que al estar recogida en el atestado policial tienen únicamente el valor de denuncia y que las pruebas a las que se refiere el art. 741 de la LECrim son “las pruebas practicadas en el juicio” luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él (*secundum allegata et probata*). FJ 3.

Posteriormente el TC, sin modificar sustancialmente su criterio, flexibilizó la rigidez de la interpretación del art. 741 de la LECrim al decir que “normalmente” la prueba que se puede considerar de cargo y llevar a la culpabilidad del acusado debe ser la que se practica en el acto del juicio oral. STC 145/1985, de 28 de octubre. FJ 2

Por último en la STC 62/1985, de 10 de mayo, FJ 2, se reconoce la posibilidad de la realización anticipada de la prueba cuando ésta no pueda practicarse en el juicio oral. Igualmente en la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, se admiten expresamente la existencia de excepciones a la regla general del art. 741 de la LECrim integrándose en la valoración probatoria las diligencias sumariales de investigación si éstas se someten a los criterios marcados por la contradicción. En el mismo sentido las SSTC 10/1992, de 16 de enero, FJ2, 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3

En la STC 137/1988, de 7 de julio, se justifica la existencia de la prueba anticipada y de la prueba preconstituida: “por el hecho de que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa”. FJ 2

prueba preconstituida puede intervenir el Juez de Instrucción, el Ministerio Público o la Policía Judicial cuando medien razones de urgencia, mientras que en la anticipada es únicamente el Juez de Instrucción)¹⁶⁴ .

Para la Jurisprudencia la diferencia radica en que la práctica de la prueba preconstituida “no tiene lugar ante el Tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción, con lo cual la intermediación desaparece al menos como intermediación espacio-temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje. A veces se denomina prueba “anticipada en sentido impropio” para reservar el término de "preconstituida" a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza y cuya práctica -como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias- es forzosamente única e irrepetible.”¹⁶⁵ Considerando también que prueba preconstituida es aquella que, por sus características, su reproducción es imposible en el acto del juicio y sólo a través de los interrogatorios de los peritos o de su lectura puede entrar a ser valorada por el juzgador, mientras que la anticipada es la que se realiza en la instrucción, con todas las garantías, por estimar el instructor que su práctica va a ser muy difícil realizar en el momento del juicio oral¹⁶⁶

En cuanto al concepto de prueba preconstituida, por las distinciones elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia ya se desprende el contenido sin embargo, hay que apuntar que el adjetivo “preconstituidas” se debe a la creación de BENTHAM que clasificó los medios probatorios en varias divisiones correspondiendo la prueba preconstituida a la quinta división distinguiéndola de “pruebas por escritos casuales” siendo éstas los testimonios aportados en un juicio sin intención de su autor de que constituyeran prueba jurídica (cartas, diarios privados, etc) y aquellas como los testimonios aportados en un juicio pero con la diferencia de que sí se han realizado con intención de que constituya prueba jurídica y las define como “aquella en que la ley ha ordenado su creación y su conservación con anterioridad a la existencia de un derecho o de una obligación, hasta el punto de que la exhibición de esa prueba será necesaria para el mantenimiento de ese derecho o de esa obligación”¹⁶⁷.

¹⁶⁴ GIMENO SENDRA. V: “Manual de Derecho Procesal Penal” Colex. 2010, pág. 228

¹⁶⁵ STS 137/2009, de 28 de diciembre, FJ 2.

¹⁶⁶ STS 56/2003, de 27 de enero, FJ 4.

¹⁶⁷ BENTHAM. J, op. cit, págs. 32 y 233. MORENO CATENA. V también es de la opinión de que la prueba preconstituida responde a la intención que tiene el que la obtiene de “perpetuar la información contenida en la fuente de prueba”. MORENO CATENA.V: “La Prueba. Tomo II. La Prueba

En cuanto a los requisitos, la jurisprudencia ha sido muy clara en este aspecto y, a pesar de que manifiesta que las únicas pruebas que se puedan considerar auténticas y que vinculen al tribunal a la hora de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral bajo los principios de inmediación, oralidad y publicidad¹⁶⁸, admite la posibilidad de pruebas preconstituidas siempre que se reproduzcan en el juicio oral o se ratifique su contenido por los protagonistas o las partes puedan contradecirlas en ese acto, prohibiendo la utilización de la fórmula genérica “se dan por reproducidas”ni siquiera con la aquiescencia del acusado¹⁶⁹.

Nuestro TC ha establecido unos requisitos muy concretos a la hora de conceder valor probatorio a aquellos actos de aportación de hechos que se realizan en la fase instructoria y que constituyan prueba preconstituida o prueba anticipada, así¹⁷⁰:

Material: que sean hechos que, debido a su fugacidad, no puedan ser reproducidos en el acto del juicio oral.

en el Proceso Penal”. (Ob. Col). GONZÁLEZ CANO. M^aI (Dir), ROMERO PRADAS. M^aI (Coord) Ed. Tirant lo Blanch. 2017, pág. 159.

¹⁶⁸ Desde la mencionada STC 31/1981, de 28 de julio, han sido numerosas las sentencias que han reiterado que las auténticas pruebas en las que se pueda basar el Tribunal sentenciador son aquellas que se han practicado en la fase del juicio oral, entre ellas: SSTC 161/1990, de 19 de octubre. FJ2; 155/2002, de 22 de julio, FJ 10; 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 10 y 11 y 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2.

¹⁶⁹ SSTC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1; 150/1987, de 1 de octubre, FJ 2; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 2; 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 140/1991, de 20 de junio, FJ 2 y 10/1992, de 16 de enero, FJ2, entre otras.

También hay que reseñar que la jurisprudencia no niega tajantemente la eficacia probatoria a las diligencias de investigación en la Fase de Instrucción, ejemplo de ello son los llamados “delitos cuasiflagrantes o delitos testimoniales” que son aquellos que se caracterizan “por la presunción de credibilidad en cuanto a su existencia, por cuanto es característica de los mismos la inseparable percepción directa de los agentes de la Policía Judicial de los hechos cometidos o acabados de cometer (...)”.

Esta característica de los delitos testimoniales impide que puedan ser tributarios del principio de presunción de inocencia con carácter general, sobre todo, cuando son los agentes de la Policía Judicial testigos de excepción y cuya presunción de veracidad se convierte en evidencia cuando a la vez es aprehendido el cuerpo del delito..” STS 124/1986, de 20 de enero. FJ 1. Es decir, se presume la veracidad de los hechos percibidos por los agentes de policía cuando se une la evidencia de la aprehensión o de la comisión

¹⁷⁰ SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ. 3 ; 303/1993, de 25 de octubre, FJ. 3 ; 36/1995, de 6 de febrero, FJ. 2 ; 200/1996, de 3 de diciembre, FJ. 2 ; 40/1997, de 27 de febrero, FJ. 2 ; 97/1999, de 31 de mayo , FJ. 5. Requisitos que han sido seguidos por el TS, entre otras en las SSTS 2184/2001, de 23 de noviembre, FJ 4; 1655/2002, de 7 de octubre, FJ 6; 1906/2002, de 14 de noviembre, FJ 6, 168/2003, de 26 de febrero, FJ4 o, la más reciente 191/2019, de 9 de abril, FJ 3.

Subjetivos: Los actos de prueba preconstituida o anticipada tienen que ser intervenidos por el juez de instrucción, sin perjuicio de que, por razones de urgencia, también puede realizarlos la policía judicial.

Objetivos: Que se garantice la posibilidad de contradicción a través de permitir a la defensa, siempre que esto sea factible, la posibilidad de comparecer en la ejecución de esa diligencia, asistido de abogado, para que pueda participar en ella.

Formal: Que sea ejecutada de la misma manera que se hace en el juicio oral y que se introduzcan en éste mediante la lectura de documentos a fin de que se pueda someter a contradicción por las propias partes.

El TEDH también ha considerado que las pruebas, normalmente, se han de practicar en el juicio oral con presencia del acusado que permita la confrontación, sin embargo también reconoce que las diligencias de instrucción pueden ser utilizadas como prueba, siempre y cuando se hayan respetado los derechos de defensa, por lo que no entrarían en contradicción con lo dispuesto en el art. 6.1 y 6.3 d) (derecho a un proceso equitativo, en particular: derecho a ser oído en un proceso equitativo y público y derecho a interrogar a los testigos)¹⁷¹. Únicamente se merma el derecho de defensa, y por lo tanto se viola el art. 6 del CEDH, cuando la condena se ha basado exclusivamente o de forma determinante en declaraciones de alguien que no ha podido ser interrogado por el acusado ni por su abogado ni en durante la instrucción ni durante el juicio oral¹⁷².

En cuanto a las situaciones en las que se puede general la excepción que da lugar a la prueba preconstituida o a la prueba anticipada, la Jurisprudencia ha señalado la del testigo fallecido, la del testigo en ignorado paradero y la del testigo en el extranjero, sin embargo la clasificación más clarificadora y educativa sobre las posibles pruebas preconstituidas la obtenemos de GIMENO SENDRA que las divide en función del órgano que las lleva a cabo y las diligencias de investigación sobre las que recaen, así¹⁷³:

- 1- Prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención:
 - a) Los métodos alcoholimétricos
 - b) Grabaciones de videovigilancia
 - c) Análisis sobre estupefacientes
 - d) Diligencias corporales

¹⁷¹ Asunto Ganis vs. Reino de España, de 19 de febrero de 2013

¹⁷² Asunto Luca vs. Italia, de 27 de febrero de 2001

¹⁷³ GIMENO SENDRA, V: "Derecho Procesal Penal". Thomson Reuters. 2012, págs. 423 y ss

2- Prueba preconstituida de la policía judicial con control judicial:

- a) Circulación y entrega vigilada de drogas.
- b) Escuchas telefónicas
- c) Intervenciones de los datos electrónicos de tráfico
- d) Gestión de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN

3- Prueba preconstituida del Juez de Instrucción:

- a) La recogida y conservación del cuerpo del delito
- b) El reconocimiento judicial
- c) Las inspecciones e intervenciones corporales
- d) La entrada y registro
- e) La intervención de las comunicaciones

En estos supuestos es donde más se ha originado la prueba prohibida¹⁷⁴ y a este respecto hay que matizar que, por ejemplo, en cuanto a las diligencias de pruebas basadas en la alcoholimetría el TC ha mantenido dos tesis opuestas, al principio se consideraba que tenía el mismo valor que un atestado policial, por lo tanto de denuncia, que exigía prueba en el juicio a través de las declaraciones testificales de los policías que intervinieron en ese atestado¹⁷⁵.

Posteriormente el TC ha considerado que debido al carácter irreplicable del resultado del test de alcoholemia el atestado policial debe de ser considerado como prueba preconstituida siempre y cuando informen exhaustivamente al infractor de las consecuencias de no someterse a esas pruebas, si no sería prueba prohibida¹⁷⁶

¹⁷⁴ Vid. Cap. III de esta obra

¹⁷⁵ SSTC: 31/1981, de 28 de julio, 3/1990 de 15 de enero y 188/2002 de 14 de octubre entre otras

¹⁷⁶ TC 111/1999 de 14 de junio

2- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

2.1- La Doctrina del Tribunal Constitucional

En primer lugar hay que tener en cuenta que la postura de nuestro Tribunal Constitucional frente al derecho a la prueba ha sido planteada, a pesar de que el mencionado derecho sea de aplicación a todos los procesos¹⁷⁷, de modo que para los procesos penales, laborales o contencioso-administrativos de carácter sancionador, ha vinculado este derecho con otros derechos fundamentales como la presunción de inocencia o a un proceso con todas las garantías de modo que expresamente la violación del derecho a la prueba no ha sido tratada de forma independiente como un asunto propio, si no atribuyéndole un carácter instrumental como una causa de indefensión, de tal manera que “la lesión del derecho invocado sólo se habrá producido si, en primer término, la falta de práctica de la prueba es imputable al órgano judicial y, en segundo término, si esa falta generó indefensión material a los recurrentes en el sentido de que este Tribunal aprecie, en los términos alegados en la demanda de amparo, la relación de la práctica de la prueba con los hechos que se quisieron probar y no se probaron y la trascendencia de la misma en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo”¹⁷⁸.

Y más significativa la STC 128/2017, de 13 de noviembre, en cuyo FJ 4 se establece: “ presenta una estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), así como con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), del que es realmente inseparable.

Precisamente esta inescindible conexión nos ha permitido afirmar que el contenido esencial del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes

¹⁷⁷ Entre otras: STC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8, STC 147/1987, de 25 de septiembre, FJ 2, STC 205/1991, de 30 de octubre, FJ 3, STC 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2, STC 187/1996, de 25 de noviembre.

¹⁷⁸ SSTC 73/2001 de 26 de marzo. FJ 2. En el mismo sentido, destacando la conexión de este derecho con otros derechos garantizados en el art. 24.2 de la CE, en particular con el derecho a la tutela judicial efectiva:

STC 89/1986, de 1 de julio, FJ 2, STC 50/1988, de 22 de marzo, FJ 3, STC 110/1995, de 4 de julio, FJ4, STC 189/1996, de 25 de noviembre, FJ3, STC 221/1998 , de 24 de noviembre, FJ3, STC 88/2004, de 24 de mayo, FFJJ 3 y 4.

Con el derecho de defensa:

STC 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2 , STC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2, STC 26/2000, de 31 de enero, FJ2, STC 19/2001, de 29 de enero, FJ 4, STC 133/2003, de 30 de junio, FJ 3, STC 212/2013, de 16 de diciembre, FJ 4.

para la defensa se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso”¹⁷⁹.

Así el TC realiza un análisis conjunto de varios derechos de tal manera que se produce una confusión dejando sin contenido propio al derecho a la prueba.

En el caso de los procesos civiles y contencioso-administrativos no sancionadores la interpretación del derecho a la prueba se hace de forma más específica, posiblemente porque no hay en juego otros derechos fundamentales como sí ocurre en los penales, contenciosos- administrativos sancionadores y laborales, aunque siempre vinculada a la indefensión, como ejemplo la STC 131/1995, de 11 de septiembre, en cuyo FJ 2 se analiza el derecho a la prueba desde el punto de vista de la carga de la prueba, diciendo que ese derecho implica la garantía que se otorga a las partes de un proceso para el impulso de la actividad probatoria conforme a la ley atribuyendo a los Juzgados y Tribunales ordinarios la facultad de velar por la legalidad y la pertinencia de la prueba y correspondiendo al TC la competencia para controlar “las decisiones judiciales dictadas en el ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad carente de razón (...), cuando la falta de práctica de la diligencia probatoria admitida fuera imputable al órgano judicial (...), o, también, cuando la denegación jurídicamente razonada se produzca tardíamente, de modo que genere indefensión, o los riesgos de un perjuicio de dicha decisión en virtud de una certeza ya alcanzada acerca de los hechos objeto del proceso -con la consiguiente subversión del juicio de pertinencia- o, incluso, de un perjuicio acerca de la cuestión de fondo en virtud de la denegación inmotivada de la actividad probatoria” añadiendo que la vulneración de ese derecho exige que la falta de la actividad probatoria produzca indefensión a quien la sufra.

En otras vincula la indefensión por la vulneración del derecho a la prueba con el principio de contradicción “ hay que agregar que la garantía del art. 24.2, del derecho de defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y

¹⁷⁹ En el mismo sentido SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 246/2000, de 16 de octubre, FJ 3; 133/2003, de 30 de junio, FJ 3; 88/2004, de 10 de mayo, FJ 3; 4/2005, de 17 de enero, FJ 3; 359/2006, de 18 de diciembre, FJ 2; 77/2007, de 16 de abril, FFJJ 2 y 3; y 86/2008, de 21 de julio, FJ 3

practicadas por el Juez o Tribunal y al haber sido constitucionalizado impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deban los Tribunales de justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo” STC 1/1992 de 13 de enero¹⁸⁰.

En cuanto al contenido del derecho constitucional a utilizar los medios pertinentes para ejercitar el derecho de defensa, el TC en numerosas sentencias ha declarado que para que se produzca su vulneración son necesarios una serie de requisitos¹⁸¹:

1. Considera que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes es un derecho de naturaleza procedimental, es decir de configuración legal, lo que supone que la parte que alegue la vulneración haya tenido que cumplir con la ley procesal en cuanto a los requisitos exigidos de tiempo y forma.
2. Que se acredite la indefensión y ésta sea constitucionalmente relevante siendo necesario, para ello, que demuestre que la prueba que no fue admitida o practicada, sin motivación alguna por parte del órgano judicial, fuera decisiva en la resolución del pleito.
3. Que esa indefensión sea justificada en la demanda de amparo, destacando que la mera infracción de la legalidad procesal no supone siempre la vulneración del derecho a la prueba, si no que se exige que esa indefensión sea real y efectiva.
4. Que la inejecución de la prueba equivale a su inadmisión

Precisamente ese requisito de que la prueba que no haya sido admitida o practicada tenga que generar indefensión es lo que provoca un vacío de contenido del propio derecho a la prueba, aumentando la confusión con la necesidad de que además sea acreditada esa indefensión ya que si se considera, en el supuesto de que la prueba haya sido admitida pero no practicada por causas imputables al órgano judicial, que se han cumplido los requisitos de legalidad procesal se entiende que la acreditación de esa necesidad ya está justificada “ab initio”, a través de la pertinencia y la necesidad, en el momento de su proposición y admisión, con lo que sería un requisito reiterativo.

¹⁸⁰ STC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8.

¹⁸¹ STC 76/2010, de 18 de noviembre, FJ 4, STC 14/2011, de 28 de febrero, FJ 2 STC 212/2013 de 16 de diciembre, FJ 4, STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 6, STC 128/2017, de 13 de noviembre, FJ 4, STC 130/2017, de 13 de noviembre, FJ 2

2.2- La Doctrina del Tribunal Supremo

La Jurisprudencia del TS ha seguido la misma senda que la del TC, exigiendo los mismos requisitos y ahondando en el requisito de la pertinencia de las pruebas y en los límites de este derecho, vinculándolo con “el derecho a un proceso debido, regulado en el art. 24.2 de la CE ; que ese mismo art. 24.2 CE , se ha de relacionar con el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , y con el art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”¹⁸².

Así la STS 649/2000 de 19 de abril en su FJ 3 señala que: “...el derecho a la prueba no es derecho absoluto o incondicionado, y que no se produce vulneración del derecho constitucional cuando la prueba rechazada, aun siendo pertinente, carece su contenido de la capacidad para alterar el resultado de la resolución final, y ello exige por parte de quien alegue tal vulneración una doble acreditación: De una parte que el recurrente ha de concretar la relación de hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas, de otra se exige que el invocante de la vulneración del derecho a los medios de prueba pertinente deberá argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba de la controversia”¹⁸³.

En definitiva, nuestro TS exige que, para que se entienda vulnerado el derecho a la prueba, la omisión de su práctica sea decisiva para la resolución del litigio y que esa ausencia de práctica sea demostrada por el que la alega para poder considerar que se ha producido un quebrantamiento de las garantías del proceso que exige la casación, sólo de esa manera se entiende que se ha producido indefensión.

Constituyendo así el derecho a la prueba una de las manifestaciones del derecho de defensa puesto que se erige como el instrumento, armas, de esa defensa sobre los hechos que han dado lugar a la controversia jurídica que existe en todo tipo de procesos.

Para concluir con el derecho a la prueba hay que exponer un breve apunte en lo que se refiere a su relación con la prueba prohibida. El vínculo es evidente puesto que

¹⁸² STS 137/2007, de 20 de diciembre, FJ 7, STS 20/2018, de 13 de febrero, FJ 4

¹⁸³ En el mismo sentido las SSTs 1545/2004, de 23 de diciembre, FJ 2, 154/2012, de 29 de febrero, FJ 3, 186/2016, de 12 de julio, FJ 2, 137/2017, de 20 de diciembre, FJ 7, 20/2018, de 13 de febrero, FJ 4, entre otras

la regla de exclusión se vincula con el derecho a un proceso con todas las garantías, recogido en el art. 24.2 de la CE, y más concretamente con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Es indiscutible que la introducción en el proceso de una prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales es, manifiestamente impertinente. Así lo ha puesto de manifiesto el TC en la primera sentencia, el punto de partida, de la prueba prohibida en nuestro ordenamiento:

“...Constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de «medios de prueba pertinentes» que aparece en el mismo 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”¹⁸⁴.

¹⁸⁴ STC 114/1984 de 29 de noviembre. FJ 5

CAPÍTULO II- ANÁLISIS CONTEXTUALIZADO DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

I- ANTECEDENTES: LA SITUACIÓN EN EEUU

Lo que hoy en día consideramos prohibiciones en cuanto a la utilización de pruebas vulnerando derechos fundamentales universalmente reconocidos (como por ejemplo, y en particular: El derecho a la vida, a la integridad física o el derecho a la tutela judicial efectiva), históricamente ha sido permitido e incluso regulado como la mejor opción para conseguir llegar a la averiguación de la verdad, entendida ésta como la verdad “real” o “material”, de los hechos acaecidos, fundamentalmente en el ámbito penal pero también en otros, a través de sistemas ordálicos o de torturas en los que la metodología arcaica de obtención de pruebas pasó a ser contraria a cualquier concepción jurídico-moral surgida como consecuencia de la evolución de las sociedades.

En las sociedades actuales nadie niega el poder que tienen los Estados para castigar determinadas conductas que son consideradas contrarias a las leyes y que éstas definen como delitos.

Sin embargo, ese “ius puniendi” del Estado no es ilimitado ni lo puede ejercer de cualquier manera si no que tiene que estar sujeto a unas normas que han ido variando a lo largo del tiempo para adaptarse a los cambios sociales y políticos de cada época puesto que la evolución de los sistemas judiciales ha ido paralela, como no podía ser de otra manera, a la propia evolución de la sociedad, tanto en sus aspectos políticos como morales.

Si la finalidad del Derecho procesal es el aseguramiento del orden jurídico, entendido desde una perspectiva social como el mecanismo para llegar a la obtención del castigo a los culpables, éste tendrá que realizarse con la mayor observancia de las garantías en la búsqueda de la verdad, como fin último del proceso, garantías que se traducen en el respeto a los derechos fundamentales.

El ejercicio del “ius puniendi” del Estado se concibe así como el poder para imponer sanciones a las conductas ilícitas más graves que le corresponde únicamente al Estado por ser éste el garante del cumplimiento de la legalidad a través de los

“requisitos, garantías y postulados que suelen expresarse sintéticamente con el nombre de principio de legalidad (procesal-penal) o de necesidad”¹⁸⁵.

Esta observación que en la actualidad se considera uno de los pilares de los Estados democráticos ha sido el fruto de avances sobre los sistemas políticos y, por ende, jurídicos en los que el reconocimiento a los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la prueba en el sentido otorgado por el Tribunal Supremo como pertinente y “legal” que es la que únicamente va a ser valorada por el juzgador como consecuencia del derecho a un proceso justo¹⁸⁶, ha jugado un papel relevante en cuanto a la consecución de un sistema cada vez más garantista.

La llamada “regla de exclusión probatoria”, “prueba prohibida” o “prueba ilícita” constituye una de esas garantías al impedir que una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales sea llevada a un proceso y valorada por el órgano sentenciador, sin embargo, también ha sufrido su propia evolución desde sus orígenes, cuya formulación jurisprudencial se fundamentaba en los derechos constitucionalmente reconocidos y reconocida legalmente a través del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como límite a la investigación penal y concretado en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 de nuestra Constitución, alcanzando su máximo esplendor con la teoría de los frutos del árbol envenenado, y retrocediendo poco a poco con la incorporación de las excepciones a la aplicación de la regla de exclusión como respuesta a la tensión existente entre el respeto a los derechos fundamentales y la voluntad de perseguir los delitos de manera eficaz, tratándose, en definitiva, de elegir a qué se da prioridad.

Se puede decir que en realidad hay dos violaciones de derechos, por una parte, la cometida en el transcurso de la investigación por los encargados de llevarla a cabo

¹⁸⁵ DE URBANO CASTRILLO.E; TORRES MORATO. M.A: “La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial”. Ed. Thomson Aranzadi. 4ª Ed. 2007, pág. 31

¹⁸⁶ En relación al concepto de prueba FIDALGO GALLARDO. C distingue dos sentidos: lo que es “actividad probatoria” como medio o camino y en la que estarían incluidos los actos preprocesales y extraprocerales a través de los que se obtienen las fuentes de prueba, la aportación de esas fuentes y la proposición de los medios de prueba, la práctica de esos medios de prueba y por último la valoración de la actividad probatoria, y lo que es “prueba” en sí misma que sería el resultado de esa actividad probatoria y lo que constituiría el objeto de la convicción del juzgador. FIDALGO GALLARDO. C: “Las pruebas ilegales: de la *Exclusionary Rule* estadounidense al art. 11.1 LOPJ”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003, págs. 11 y 12.

Distinción que es útil a la hora de enmarcar el tema de estudio de la prueba prohibida puesto que la mayor parte de irregularidades o ilicitudes que se pueden producir dando lugar a la prohibición ocurren en el marco de la actividad probatoria.

que actúan como representantes del poder punitivo del Estado, y por otra la sufrida por la víctima y cometida por el presunto culpable, derechos que en ambos casos tienen el mismo rango constitucional y que por tanto se posicionan en una tensión difícil de ponderar.

La regla de exclusión probatoria se sitúa única y exclusivamente en el campo de la violación cometida por los agentes de la autoridad en el curso de la investigación, relegando a un segundo plano los derechos de la víctima y, por lo tanto, el sentimiento que surge en la sociedad de sentirse desprotegidos ante conductas delictivas.

Es precisamente esa tensión en la que entran en juego factores sociológicos, políticos e incluso morales tan importantes como la paz y la seguridad en la sociedad, el sentimiento de protección estatal a los ciudadanos, la convivencia o la necesaria represión de las conductas delictivas por un lado y los límites a la actuación de los agentes encargados de la actuación investigadora y al propio “ius puniendi” del Estado, el cumplimiento de las leyes reguladoras de esa actuación con respeto al ordenamiento jurídico y la prevención de los posibles abusos por parte de la autoridad, la que constituye la base del declive de la regla de exclusión.

En el caso de Estados Unidos el problema de la utilización de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales tuvo su freno en la Jurisprudencia norteamericana en la que, inspirándose a su vez en la Jurisprudencia de la Inglaterra del siglo XIX, se incorporó la *Exclusionary Rule* como una consecuencia de la “redefinición del esquema constitucional de separación de poderes” en la que los Tribunales, en particular la Corte Suprema Federal, se arrogaron una posición prevalente con respecto a los demás poderes del Estado¹⁸⁷, mediante la cual se prohibía la utilización en el proceso de toda prueba que hubiera sido obtenida de forma ilícita por una agente Federal, extendiéndose posteriormente también a los agentes Estatales.

¹⁸⁷ FIDALGO GALLARDO. C, op. cit, págs. 13 y 14.

1- CONSIDERACIONES PREVIAS

Con relación a EEUU hay que hacer una serie de apreciaciones previas, sin perjuicio de las que más específicamente se relatarán en el capítulo de esta obra dedicado a la regla de exclusión en el ámbito norteamericano, para una mejor comprensión de la situación en ese país:

1.1- El papel de la *Bill of Rights*

La *Exclusionary Rule* está directamente relacionada con las cláusulas referentes a los derechos constitucionales relativos a la actividad de investigación y enjuiciamiento de los delitos contenidas en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta de la *Bill of Rights* unida a la Constitución de los Estados Unidos como consecuencia de intentar mantener el equilibrio entre la autonomía e independencia de los Estados Federados y la fuerza de las instituciones de la Federación.

En un principio se creó la Constitución de los Estados Unidos como un texto en el que se regulaba la estructura orgánica e institucional de los Estados Federados, respetando las propias estructuras que ya existían en cada uno de ellos, pero sin incluir los derechos individuales que se añadieron posteriormente mediante 14 Enmiendas presentadas para ser aceptadas por los Estados Federados de las cuales 10 tuvieron su aprobación en 1791 y son lo que hoy conforman la *Bill of Rights* como un texto adicionado a la Constitución originaria pero sin modificarla.

De esas Enmiendas la más importante a efectos de la *Exclusionary Rule*, por haber sido en la que surgió la regla de exclusión, es la Cuarta que expone:

“El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”¹⁸⁸.

¹⁸⁸ El texto original es el siguiente: “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*”.

Sin duda es la que más interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales ha ocasionado a lo largo de la historia desde su nacimiento por contener uno de los principios más importantes para la conciencia judicial norteamericana como es el derecho a la intimidad y su protección frente a las intromisiones de los agentes del Estado (tanto el Federal como los Federados) en situaciones como arrestos y registros.

Por su parte la Quinta Enmienda declara: “Ninguna persona será detenida para que responda por un delito punible con la pena de muerte, u otro delito infame, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la Milicia, cuando estas estén en servicio activo en tiempo de Guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad, o la propiedad sin el debido proceso judicial; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa”¹⁸⁹.

Es decir, incorpora el derecho a no declarar contra sí mismo y “cuya formulación clásica es el aforismo *the law obligeth no man to accise himself*”¹⁹⁰ e incorpora la cláusula del debido proceso.

La Sexta Enmienda proclama, en parte, el derecho a ser asistido por un abogado, derecho a la “cláusula de confrontación” o *Confrontation Clause* mediante la cual la defensa tiene derecho a interrogar a los testigos de la acusación para poder rebatir sus testimonios. En concreto establece: “En todos los procedimientos penales, el acusado disfrutará del derecho (...) a ser confrontado con los testigos contrarios; a poder convocar a testigos favorables mediante orden del Tribunal, y a gozar de la asistencia de abogado para su defensa”¹⁹¹

¹⁸⁹ Texto original: “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”.

¹⁹⁰ FIDALGO GALLARDO. C, op. cit, pág 70

¹⁹¹ Texto original: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right (...) to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence*”

Y, por último, la Decimocuarta Enmienda: Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”¹⁹².

Es preciso señalar que el contenido de esta Enmienda se dirige a todos los Estados Federados, no únicamente al Estado Federal y, en lo que concierne a la *Exclusionary Rule*, se refiere al “debido proceso” cuya interpretación como garante de la seguridad jurídica no se produjo hasta principios del siglo XX.

Esa garantía se fundamenta en la igualdad en la aplicación de las leyes que regulan el proceso que fue interpretada por la Corte Suprema Federal como un “doble” del debido proceso: El debido proceso procesal y el debido proceso sustantivo que sirvió al Alto Tribunal para, a través de sus sentencias, determinar los criterios materiales que debían regir en todo proceso judicial.

1.2- La estructura del Proceso Penal Norteamericano

Hay que tener en cuenta que en los supuestos de obtención de pruebas ilícitas ocurren dos presupuestos: uno material que es el hecho en sí mismo de la violación de un derecho y uno procesal que es la consecuencia jurídica de la violación y que se traduce en la exclusión del proceso de la prueba así obtenida.

En el mundo jurídico estadounidense esa distinción no existe puesto que el Derecho Procesal norteamericano no existe tal y como se conoce en la mayoría de los países continentales, el *criminal procedure* estadounidense se centra en los aspectos prácticos, caso por caso, y abarca desde las investigaciones policiales (incluidos los registros, interrogatorios, arrestos etc) hasta las apelaciones y regímenes de recursos pasando por la audiencia preliminar, la acusación ante el Gran Jurado, el juicio oral etc.

¹⁹² “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws ”.

El proceso penal estadounidense de apoya, normativamente, en las “Reglas Federales sobre Proceso Penal”, que se actualizan constantemente, en la propia Constitución del país y en la Jurisprudencia de la Corte Suprema. Se puede resumir su estructura en las siguientes fases:

a) La investigación previa a la detención:

Puede decirse que hay dos tipos de investigación en función del órgano que la lleve a cabo: la policial y la realizada por la fiscalía cuya mejor arma es la “citación judicial” a través de la cual el tribunal llama a una persona para que testifique o presente las pruebas que se consideran fundamentales para la investigación. Esa citación es requerida por el Gran Jurado bajo la dirección del fiscal.

En este punto hay que decir que la figura del fiscal y la del Gran Jurado son dos piezas fundamentales a lo largo de todo el proceso penal. El fiscal, bajo el principio de oportunidad propio del sistema norteamericano, es el que decide si existe suficiente información para iniciar la investigación y la acusación y contra qué persona, decide los cargos que se le imputan (con la posibilidad de negociación con el presunto culpable e incluso de otorgarle inmunidad cuando lo cree conveniente), dirige la investigación del jurado, y determina donde y cuando va a formular los cargos.

Por su parte el Gran Jurado va a ser el que decida si hay suficientes indicios para continuar con un juicio sobre la base de la acusación formulada por el fiscal.

b) La detención:

El pilar fundamental sobre el que se sustenta la detención está en la “causa probable” que permite detener a un sospecho con y sin orden de detención en cuyo caso la “causa probable” tendrá que ser demostrada en el juicio.

Esa “causa probable” precisa de las informaciones suficientes para considerar que la persona que está siendo investigada ha cometido un delito. Necesita, por lo tanto, “un estándar de evidencia más fuerte que una sospecha razonable pero más débil que el exigido para una condena”¹⁹³.

¹⁹³ EUSAMIO MAZAGATOS. E; SÁNCHEZ RUBIO. A: “La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos”. Ed. Tirant lo Blanch. 2016, pág 44. n.p 91

Las pruebas que se pueden obtener en esta fase son las relacionadas con la participación del sospechoso como registros corporales no invasivos, declaraciones etc.

Posteriormente, una vez que el presunto culpable está bajo custodia policial, ya se pueden obtener otro tipo de pruebas como careos, reconocimiento en rueda, identificación de testigos, etc.

Es en este momento donde cobra especial importancia, ya que es obligatorio comunicárselos al detenido antes de su interrogatorio so pena de que la prueba devenga ilícita, los “derechos Miranda” o “advertencias Miranda”¹⁹⁴ que tanto ha aportado al Derecho Estadounidense y, por efecto reflejo, al resto de sistemas judiciales¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Tiene su origen en el caso *Miranda v.s Arizona* (384 U.S 436, 1966). EL joven Ernesto Miranda fue detenido y acusado de secuestro y violación de una chica deficiente. Miranda firmó una declaración confesando los hechos, en esa declaración únicamente se indicaba que la confesión había sido voluntaria y “con completo conocimiento de mis derechos, comprendiendo que cualquier declaración que haga podrá ser utilizada en mi contra”. Esa confesión fue la única prueba que aportó el Fiscal en el juicio y por eso Miranda fue condenado a veinte años de prisión.

Cuando el caso llegó a la Corte Suprema ésta entendió que el párrafo contenido en la declaración en la que confesaba el crimen fue insuficiente y que no se cumplió con los deberes constitucionales recogidos en la V y VI Enmienda que exigen que la renuncia a sus derechos tiene que ser consciente y voluntaria. La condena fue anulada.

¹⁹⁵ En España esos derechos están recogidos en el art. 520.2 de la LECrim. Que recoge:

2. Toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

- a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez.
- b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- c) Derecho a designar abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1.a) del artículo 527 y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible.
- d) Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.
- e) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país.
- f) Derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Esta comunicación se celebrará en presencia de un funcionario de policía o, en su caso, del funcionario que designen el juez o el fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527.
- g) Derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas.

Los “derechos Miranda” constituyen un catálogo de derechos que tienen que ser respetados e informados al detenido: derecho a guardar silencio, derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a un abogado etc. Pero también supuso una interpretación de la Quinta Enmienda y, lo que es aún más importante, una creación del derecho a través de la jurisprudencia¹⁹⁶

-
- h) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje.
 - i) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.
 - j) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

Asimismo, se le informará del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención.

Cuando no se disponga de una declaración de derechos en una lengua que comprenda el detenido, se le informará de sus derechos por medio de un intérprete tan pronto resulte posible. En este caso, deberá entregársele, posteriormente y sin demora indebida, la declaración escrita de derechos en una lengua que comprenda.

En todos los casos se permitirá al detenido conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención.

Estos derechos, tal y como se recogen en el texto procesal, fueron ampliados, a través de las Leyes Orgánicas 5/2015 de 27 de abril, por la que se modificaron la LECrim y la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio de la LOPJ; y la Ley 13/2015, de 5 de octubre, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, como consecuencia de la transposición de las siguientes Directivas de la Unión Europea: Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales y la Directiva 2013/48/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

¹⁹⁶ Muchos autores estadounidenses han criticado que, a través de la interpretación de la Constitución por parte de la Corte Suprema, se haya originado un derecho al margen del Congreso porque incumple la separación de poderes en su sentido más estricto. Así:

BURNHAM. W: *“Introduction to the law and legal Sistem of the United States”*. Thomson West. 2006.

LEVI. R.E: *“The Power to legislate: A reference guide to the United States Constitution”*. Praeger Publisher. 2006.

Y para otros la Corte Suprema tiene “un poder extraordinario”. REHNQUIST. W.H: *“The Supreme Court. How it was, how it is”*. William Morrow. 1987, pág 43.

c) Después de la detención:

A partir de este momento la figura del fiscal cobra su máxima importancia ya que es él el que toma la decisión, sobre las pruebas presentadas por la policía, de continuar o no con la acusación¹⁹⁷.

Si decide continuar con la acusación formula lo que se llama el “escrito de imputación” en el que únicamente se recogen, escuetamente, los hechos acaecidos y la ley criminal que ha sido violada. Ese escrito se firma, bajo juramento, por un denunciante bien sea un ciudadano o el policía que se haya encargado de la investigación.

Una vez presentado el escrito el presunto culpable se convierte oficialmente en “acusado” en el proceso penal de que se trate y empieza lo que se denomina “control Gerstein”¹⁹⁸, en los supuestos en los que ha sido detenido sin mediar una orden previa, mediante el cual el juez penal determina si hay o no causa probable en el delito formulado en el escrito de imputación, si considera que existe esa causa probable ordena la comparecencia del acusado (entre veinticuatro y cuarenta y ocho horas) en la que le informará de la acusación, sus derechos, los trámites a seguir y si se le impone una fianza o no para mantener la libertad.

El “Control Gerstein” tiene su origen en el caso *Gerstein vs. Pugh* en el que el Sr. Pugh fue arrestado por robo, llevar un arma oculta y posesión de arma de fuego en la comisión de un delito grave en el Estado de Florida sin que mediara una orden de detención previa. El problema era que en Florida no se requería una audiencia preliminar para determinar la causa probable del delito, ni un mandato judicial para proceder al arresto del presunto culpable.

En este caso la Corte Suprema dictaminó que la protección que otorga la Cuarta Enmienda consiste en que las deducciones que surgen de las evidencias

¹⁹⁷ En la Sentencia de la Corte Suprema sobre el caso *Wayte v. U.S.* (470 U.S. 598 de 1985) se dictaminó que “Siempre y cuando el fiscal tenga causa probable para creer que el acusado cometió un delito definido por el estatuto, la decisión de si o no enjuiciar, y qué cargo para presentar o llevar ante un gran jurado, por lo general descansa totalmente en su discreción”.

Texto original: “*So long as the prosecutor has probable cause to believe that the accused committed an offense defined by statute, the decision whether or not to prosecute, and what charge to file or bring before a grand jury, generally rests entirely in his discretion*”

¹⁹⁸ *Gerstein vs. Pugh* (420 U.S. 103, 1975)

encontradas en la investigación de un delito sean realizadas por un magistrado neutral en lugar de que las realice la propia policía, añadiendo que “por consiguiente, sostenemos que la Cuarta Enmienda requiere una determinación judicial de causa probable como requisito previo a la retención prolongada de libertad después del arresto¹⁹⁹”.

Y es que, como dijo el Juez *Frankfurter* en el año 1943²⁰⁰: “Una sociedad democrática, en la cual el respeto a la dignidad de todos los hombres, obviamente, es garantía contra los errores en el proceso legal. El celo en la persecución de los crímenes no es en sí un seguro de garantía en el enjuiciamiento. La imparcialidad en la aplicación de la ley no previene por sí sola la indiferencia de las libertades apreciadas. Los horribles instrumentos del Derecho Penal no pueden ser encomendados a un solo funcionario. El complicado proceso de justicia criminal es consecuentemente dividido en diferentes partes, cuya responsabilidad recae de forma separada en los distintos participantes en los que el Derecho Penal confía para justificarse”²⁰¹.

d) La Audiencia Preliminar:

En esta fase el magistrado, a la vista de las pruebas presentadas por la fiscalía, decide si son suficientes o no para que el caso sea llevado a juicio.

El acusado acudirá a la Audiencia Preliminar con abogado cuya labor consistirá en rebatir las declaraciones prestadas por los testigos del fiscal en un interrogatorio cruzado.

e) El Gran Jurado

Es el encargado de decidir sobre si la acusación presentada por el fiscal es suficiente para iniciar un juicio contra el acusado, por esa razón las únicas

¹⁹⁹ Texto original: “Accordingly, we hold that the Fourth Amendment requires a judicial determination of probable cause as a prerequisite to extended restraint of liberty following arrest”.

²⁰⁰ Caso *Mc Nabb vs U.S* (318. U.S 332, 343, 1943)

²⁰¹ Texto original: ““A democratic society, in which respect for the dignity of all men is central, naturally guards against the misuse of the law enforcement process. Zeal in tracking down crime is not in itself an assurance of soberness of judgment. Disinterestedness in law enforcement does not alone prevent disregard of cherished liberties. Experience has therefore counselled that safeguards must be provided against the dangers of the overzealous as well as the despotic. The awful instruments of the criminal law cannot be entrusted to a single functionary. The complicated process of criminal justice is therefore divided into different parts, responsibility for which is separately vested in the various participants upon whom the criminal law relies for its vindication.”

pruebas que se presentan son las de la acusación. En esta fase el acusado no puede asistir a las actuaciones del Gran Jurado.

Se reúne a puerta cerrada y si la mayoría de sus miembros (varía el número y la composición según se trate de casos estatales, y según el Estado en el que se vaya a juzgar, o casos federales) considera que existen pruebas suficientes se aprobará la acusación solicitada por el fiscal, en el supuesto contrario el caso será desestimado²⁰².

La descripción de la institución ha sido muy bien reflejada por la Corte Suprema en la sentencia *United States vs. Calandra* en el año 1974, en la que la Corte negó la aplicación de la regla de exclusión a procedimientos frente al Gran Jurado, cuando dijo: “Tradicionalmente se ha otorgado al Gran Jurado una amplia libertad para investigar las violaciones del Derecho Penal. Sus actuaciones no son presididas ni fiscalizadas por ningún juez. Delibera en secreto y puede determinar por sí el curso de su investigación. El Gran Jurado puede obligar a que se aporten materiales probatorios o declaraciones de testigos según considere conveniente, y su actuación generalmente no está sujeta a las reglas técnicas, procesales y probatorias que gobiernan el desarrollo de los juicios penales”²⁰³

f) Actos previos al juicio:

Antes de que se llegue a la celebración del juicio en el sistema norteamericano existen una serie de actos encaminados a preparar la vista oral, en caso de que ésta se llegue a celebrar, o bien a conseguir una conformidad.

Si se presenta la acusación por el fiscal o el Gran Jurado a continuación se llama a declarar al acusado para informarle de la acusación y ser preguntado acerca de su culpabilidad. Si manifiesta su culpabilidad se llega a una conformidad (“*plea bargain*”) en esta fase el fiscal tiene libertad para realizar al acusado ofertas

²⁰² Si se aprueba la acusación se llama “declaración verdadera” (*true bill*) si se desestima “declaración falsa” (*not true bill*). EUSAMIO MAZAGATOS. E; SÁNCHEZ RUBIO. A, op. cit, pág 48

²⁰³ *United States vs. Calandra*. (414 U.S 338, 1974). Texto original: “Traditionally the grand jury has been accorded wide latitude to inquire into violations of criminal law. No judge presides to monitor its proceedings. It deliberates in secret and may determine alone the course of its inquiry. The grand jury may compel the production of evidence or the testimony of witnesses as it considers appropriate, and its operation generally is unrestrained by the technical procedural and evidentiary rules governing the conduct of criminal trials”.

beneficiosas en relación a su condena siendo el acuerdo controlado por el juez para observar que se cumple con la legalidad²⁰⁴, en caso contrario el juez fijará la fecha del juicio.

Posteriormente se realizan las “mociones” que son peticiones previas al juicio en las que la defensa impugna la acusación, solicita pruebas y, lo que es más importante para el tema que nos ocupa, mociones sobre la constitucionalidad de las pruebas en caso de que éstas se hubieran obtenido con vulneración de derechos.

g) Juicio:

La fase del juicio se inicia con la presentación de los alegatos iniciales por parte de los intervinientes con el fin de presentar el caso al jurado, primero el fiscal y seguidamente la defensa.

Las partes presentan a sus testigos a los que se somete a interrogatorio con posibilidad de realizar repreguntas por la parte contraria (*cross examination*) en virtud de la Sexta Enmienda. Hay que tener en cuenta que el acusado no está obligado a declarar, pero si le llama la defensa tiene que prestar juramento y si no contesta a las repreguntas del fiscal el testimonio puede ser excluido.

El rol del juez es simplemente de observador limitándose a dirigir el debate, moderar el interrogatorio y decidir sobre cuestiones de derecho relativas al fondo del asunto o a cuestiones procesales, ya que el peso de la prueba recae exclusivamente sobre las partes, incluso en cuanto a la admisión de la misma.

Son las partes las que citan a los testigos y presentan a sus peritos, aunque algunos Estados permiten que sea el tribunal el que designe peritos neutrales a parte de los que citen las partes.

En Estados Unidos y con fundamento en su Constitución, todos los ciudadanos acusados de un delito, salvo los de muy escasa cuantía, tienen derecho a un juicio con jurado. En los juicios de primera instancia se componen por doce ciudadanos

²⁰⁴ Para DOUGLAS. C “este fenómeno se debe a razones prácticas. Dado el gran número de delitos cometidos en Estados Unidos, y el costo monetario y humano de un juicio oral y adversarial con todas las garantías debidas, no sería posible enjuiciar plenamente a todos los inculpados. Sin la válvula de escape del “plea bargain” u otro semejante, el sistema procesal penal de Estados Unidos caería en colapso”. DOUGLAS. C: “El sistema procesal penal de Estados Unidos” <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1655/10.pdf>, pág 355

que valoran las pruebas presentadas en el juicio y determinan “fuera de toda duda razonable” la culpabilidad o no del acusado. Si el acusado es declarado culpable el juez es el responsable de imponer la condena.

h) Las apelaciones

Hay que tener en cuenta que, en Estados Unidos, políticamente, rige el sistema Federal lo que supone que coexistan dos sistemas judiciales distintos: El federal cuyos Tribunales extienden su competencia a todo el país y el estatal cuya competencia se limita al territorio de cada Estado.

Esta dualidad hace que el sistema judicial en sí mismo sea complejo ya que cada Estado tiene su propia organización judicial, siempre respetando los límites establecidos por la Constitución y la legislación federal. Sin embargo, a pesar de esa libertad de la que gozan los diferentes Estados hay puntos comunes con la organización judicial federal y entre ellos está el sistema de apelaciones.

La organización judicial, tanto estatal como federal, tiene un sistema piramidal en cuya base se encuentran los tribunales de primera instancia o tribunales de distrito (*United States District Courts*), les siguen los tribunales de apelación (*Circuit Courts of Appeal*), después en los diferentes Estados se encuentra el Tribunal Supremo estatal y por último en la cúspide se encuentra la Corte Suprema (*Supreme Court of the United States*) que es último eslabón en cuanto a apelaciones.

En este punto hay que hacer una mención especial al “RECURSO DE CERTIORARI” ya que la mayoría de las sentencias dictadas por la Corte Suprema sobre la *Exclusionary Rule* se han dictado al amparo de este recurso extraordinario.

El recurso de certiorari está regulado en el Capítulo 81 del Código Federal de los Estados Unidos, arts. 1254 a 1257 y en las reglas, de la 10 a la 16, de la Corte Suprema de Estados Unidos y es un recurso devolutivo y extraordinario que tiene por objeto resolver cuestiones de derecho y se interpone contra las sentencias definitivas dictadas por los tribunales federales de apelación y las sentencias dictadas por los tribunales estatales, siempre y cuando se cumplan con una serie de requisitos donde el principal es la discrecionalidad de la Corte

Suprema para aceptar o rechazar el recurso. Se encuentran regulados en la regla 10 de las *Rules of the Supreme Court of the United States*,

Estos criterios son los siguientes²⁰⁵: Cuando un tribunal federal de apelación ha dictado una resolución judicial contradictoria con otra resolución de otro tribunal federal de apelación en cuestiones relevantes comunes. Cuando un tribunal federal de apelación ha dictado una resolución judicial que decida una cuestión en materia federal que entre en conflicto con otra resolución de un tribunal estatal de apelación. Cuando un tribunal estatal de última instancia ha dictado una resolución que decida una cuestión en materia de legislación federal que contradiga una resolución adoptada por otro tribunal estatal de última instancia o de un tribunal federal de apelación. Cuando un tribunal estatal o un tribunal federal de apelación ha dictado una resolución que decide una cuestión relevante en materia de legislación federal sobre la que no existe”.

Hay que tener en cuenta que la regla de exclusión impide que puedan surtir efecto las pruebas obtenidas con violación de derechos constitucionales con la finalidad de determinar la culpabilidad del acusado, por lo que es en la fase decisoria o en la apelación donde esas pruebas son excluidas, sin embargo también puede aplicarse la regla de exclusión a otras fases procesales a través del criterio de la ponderación: si el

²⁰⁵ GILSANZ USUNAGA. J: “El Certiorari ante el Tribunal Supremo americano: una aproximación desde el Derecho español” en *Cuadernos de Derecho Transnacional* . Vol. 8, nº 1. 2016, pág 134

El texto original que contiene la regla 10 es el siguiente:

“Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court’s discretion, indicate the character of the reasons the Court considers:

(a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court’s supervisory power;

(b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals;

(c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court.

A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law.

efecto disuasorio es lo suficientemente importante como para compensar los costes de la aplicación de la regla de exclusión a otras fases procesales²⁰⁶.

Por el contrario, hay otros momentos procesales en los que la regla no se aplica, permitiendo al juez valorar la totalidad de las pruebas con independencia de cómo se hayan obtenido éstas, por ejemplo:

En los procedimientos para determinar la fianza (*proceedings to determine bail*), en las audiencias preliminares preparatorias de los juicios orales (*preliminary hearings*) o en los procedimientos para acordar la libertad condicional y “libertad bajo palabra”²⁰⁷(*parole y probation*).

1.3- La elección de los Jueces en la Corte Suprema Federal: Liberales vs. Conservadores

El sistema de nombramiento de los jueces de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos ha sido determinante, de forma indirecta, a la hora de la aplicación de la regla de exclusión.

La Corte Suprema está integrada por nueve jueces, los miembros del más alto Tribunal Federal son elegidos y nombrados por el Presidente de la nación, a propuesta y con la aprobación del Senado, su cargo es vitalicio y sus decisiones influyen en la vida cotidiana de todos los ciudadanos.

El alcance de esas decisiones otorga un gran poder a la Corte Suprema, y sus sentencias “tienen un impacto notable en el funcionamiento del siempre fluctuante sistema de «pesos y contrapesos» (checks and balances) entre el presidente y el

²⁰⁶ *United States vs. Calandra*. 414 U.S 338 (1974).

²⁰⁷ Los términos *parole y probation* suelen ser confundidos en el sentido de que puedan hacer referencia a la misma cuestión, sin embargo responden a dos realidades bien distintas: mientras que el término *parole* hace referencia a la libertad condicional de una persona que ya ha sido condenada pero, bajo el cumplimiento de determinados requisitos, se acuerda su puesta en libertad supervisado por las autoridades competentes (agente de libertad condicional), *probation* es el momento en el que un tribunal de justicia acuerda que el condenado, en vez de ir a prisión, sea puesto en libertad a pesar de la condena. Suele darse en el caso de crímenes menos graves en los que se considera que el encarcelamiento no es una medida adecuada y se suele condicionar a medidas como prestar trabajos en beneficio de la comunidad, encontrar un empleo, participar en programas de rehabilitación et..

Congreso”²⁰⁸. Prueba de ello es la sentencia *Dickerson vs United States*²⁰⁹ en la que el Tribunal declaró inconstitucional una ley emanada por el Congreso por la que se permitían las declaraciones de los detenidos sin que éstos hubieran sido advertidos de su derecho a guardar silencio (como parte de las “advertencias Miranda”). La Corte Suprema argumentó que las reglas surgidas a raíz de la sentencia del caso *Miranda* son de origen constitucional por haber nacido de la interpretación realizada por la propia Corte Suprema, como parte de sus atribuciones, y que, por lo tanto, el Congreso no tenía facultad para anularlas, y estableció que aunque en la propia sentencia del caso *Miranda* se invitó al legislador a que se adoptaran medidas para proteger el derecho a la autoincriminación forzada, esas medidas tenían que respetar el derecho del acusado a guardar silencio y los requisitos que se establecieron en *Miranda*²¹⁰.

En este sentido, y a efectos de observar las distintas líneas ideológicas de los magistrados, es importante hacer referencia al voto disidente del Magistrado Scalia, cuya opinión queda muy bien reflejada en esta frase: “Al no tener en cuenta la acción del Congreso que no infringe la Constitución, el Tribunal ofende flagrantemente los principios fundamentales de la separación de poderes y arroga prerrogativas reservadas a los representantes del pueblo”.²¹¹

El impacto político de las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos es una de las razones del por qué el poder ejecutivo siempre ha buscado el apoyo del poder judicial mediante el sistema electivo de sus miembros, como decía TOCQUEVILLE: “Un gobierno federal debe desear más que otro cualquiera obtener el apoyo de la justicia

²⁰⁸ GARRO. A. M: “Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte” en *Revista de Derecho Constitucional*, nº 35. 1992, pág 86

²⁰⁹ *Dickerson vs. United States* 530 U.S 428 (2000)

²¹⁰ *Dickerson vs. United States* 530 U.S 428 (2000)

“Although *Miranda* invited legislative action to protect the constitutional right against coerced self-incrimination, it stated that any legislative alternative must be “at least as effective in appraising accused persons of their right of silence and in assuring a continuous opportunity to exercise it.”

²¹¹ Texto original: “By disregarding congressional action that concededly does not violate the Constitution, the Court flagrantly offends fundamental principles of separation of powers, and arrogates to itself prerogatives reserved to the representatives of the people”.

Esa toma de decisiones, que afectan a cuestiones de relevancia nacional, por parte de la Corte Suprema ha sido duramente criticada porque se considera que se está arrogando poderes que son más propios de las Cámaras legislativas, también que la labor interpretativa realizada por la Corte Suprema respecto a los dictados escuetos que establece la Constitución norteamericana en relación al amplísimo poder que tienen los Tribunales es excesiva. CROCKER. L: “*Can the Exclusionary Rule be saved?*” 84 J en *CRIM.L & CRIMINOLOGY* 310, 1993, pág 331

porque, por naturaleza, es más débil y resulta más fácil organizar resistencias contra él. Si le fuera preciso llegar siempre y de súbito al empleo de la fuerza, no podría desempeñar su tarea”²¹².

Efectivamente, se puede decir que existen dos grandes posturas con respecto a la opinión acerca de la *Exclusionary Rule* por parte de los jueces de la Corte Suprema: la postura liberal, clara defensora de la aplicación de la regla de exclusión como consecuencia de la defensa de los derechos individuales de los ciudadanos, y la conservadora que opta por la restricción de su aplicación sobre la base de la primacía de la seguridad colectiva sobre la defensa de esos derechos.

Podemos dividir el periodo de existencia de la *Exclusionary Rule* en función de la ideología predominante, en esos momentos, de los magistrados de la Corte Suprema. Hay que señalar que, debido a la importancia que las decisiones de la Corte Suprema ejercen en todos los ámbitos de la vida estadounidense, en Estados Unidos clasifican los periodos de la historia de la Corte en función de quien ostente la presidencia de la misma, así se habla de “*La Corte Warren*” “*La Corte Burger*” o “*La Corte Rehnquist*”, debido a que se distinguen unos periodos de otros por el carácter ideológico de sus miembros²¹³:

²¹²TOCQUEVILLE. A. “La Democracia en América”
<https://mrcalicante.files.wordpress.com/2014/12/tocqueville-alexis-de-la-democracia-en-america.pdf>.
pág 152

²¹³ Así “*La Corte Warren*” es considerada como uno de los periodos más liberales que ha tenido el Tribunal Supremo de Estados Unidos frente a “*La Corte Burger*” y, sobre todo, “*La Corte Rehnquist*” mucho más conservadoras. Esas diferencias de criterios se pueden observar con claridad en los votos disidentes de los magistrados, tanto en cuestiones políticas como por ejemplo en el caso *Reynolds vs Sims* (277 U.S. 533) en 1964 sentenciado en la época *Warren* y por el cual se hizo una redistribución del voto más igualitaria y en el que el Juez Harlan, de talante conservador, manifestó su disidencia y consideró que: “Es difícil imaginar una injerencia más intolerable e inapropiada por el poder judicial con las legislaturas independientes de los Estados” refiriéndose a la intromisión del poder judicial en asuntos legislativos del Estado de Alabama, como en cuestiones de la *Exclusionary Rule* como el voto disidente de los jueces *Harlan*, *Stewart* y *White* en el conocido caso *Miranda* en el que manifestaron su oposición a adoptar las reglas *Miranda* por considerar que con la cláusula del debido proceso era suficiente para garantizar los derechos de los detenidos y que la Corte “había llegado demasiado lejos” en la interpretación de la Constitución.

Esta clasificación se realiza a efectos de explicar la influencia que las ideologías de los Magistrados de la Corte Suprema Federal de EEUU ha desplegado sobre la doctrina jurisprudencial en cuanto prueba prohibida se refiere. Los autores más duchos en el tema realizan otra clasificación temporal de la existencia de la *Exclusionary Rule* en EEUU en función de la evolución de las sentencias del citado tribunal, así:

Para FERNÁNDEZ ENTRALGO. J y para DÍAZ CABIALE. J.A hay tres etapas: “De 1886 a 1961, como “... período de expansión de la *Exclusionary Rule*, que prohíbe la utilización de la prueba obtenida de forma ilícita, y que llega en 1961 a constituir una prohibición absoluta.

- A. *El inicio (1886-1952)*. Una amplia etapa caracterizada por la creación de la *Exclusionary Rule* y por la elección de jueces liberales a partir de la presidencia de la nación del demócrata Franklin Delano Roosevelt y continuada durante la breve presidencia de Harry S. Truman.
- B. *La Corte Warren (1953- 1969)*. Conocida como la época más liberal de la Corte Suprema de los Estados Unidos.
- C. *La Corte Burger (1969-1986)*. La composición de la Corte empieza a girar hacia el lado más conservador.
- D. *La Corte Rehnquist: La era de las excepciones (1986-2005)*. Se consolida el carácter conservador de los miembros de la Corte.
- E. *El declive de la Exclusionary Rule (2005- actualidad)*. Etapa en la que ya no solo existen numerosas excepciones si no que además se crean argumentos, como la ponderación de intereses, para rechazar la aplicación de la regla de exclusión. La mayoría de los miembros (cinco sobre cuatro) son conservadores

A. El inicio (1886- 1952)

En esta etapa, abarca desde la primera sentencia dictada en 1886, caso *Boyd vs US*²¹⁴, en la que se establece por primera vez la regla de exclusión probatoria sobre la base de la interpretación conjunta de la Cuarta y de la Quinta Enmienda de la Constitución Norteamericana, hasta 1953 con la llegada a la presidencia de la Corte

De 1961 a 1984, como período de progresivo reconocimiento de excepciones que flexibilizan la rigidez de la regla de exclusión.

De 1984 en adelante, caracterizada por la introducción de buena fe (“good-faith exception”).”

FERNÁNDEZ ENTRALGO. J: “Las reglas del Juego. Prohibido hacer trampas: La prueba ilegítimamente obtenida en La prueba en el proceso penal II”. Cuadernos de Derecho Judicial n.º 9. 1996, pág 70.

DÍAZ CABIALE. J.A.: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial nº 20. Consejo General del Poder Judicial. 1992, págs 105 y ss.

Para EUSAMIO MAZAGATOS. E y SÁNCHEZ RUBIO. A esa tercera fase llega hasta 1995 calificando a la excepción de buena fe como “escudo judicial por excelencia para la admisión de pruebas ilícitas” y añaden una cuarta fase: de 1995 a la actualidad donde “las excepciones a la regla de la exclusión son tan numerosas y trascendentes que empieza a cuestionarse de manera manifiesta la utilidad de la misma”

EUSAMIO MAZAGATOS. E. SÁNCHEZ RUBIO. A, op. cit, pág 75

²¹⁴ *Boyd vs. (US 116 U.s 616, 1886)* Vid. Cap III.1.3 de esta obra

Suprema del Juez Earl Warren en la que comienza una etapa de gran interpretación y defensa de los derechos.

Durante esta primera fase de existencia de la *Exclusionary Rule* con la llegada a la presidencia de la nación de Franklin Delano Roosevelt (1932 a 1945) se designaron magistrados de un claro carácter liberal que cambiaron el rumbo de las decisiones del alto tribunal.

El garantismo de esta etapa alcanzó su máximo esplendor con la incorporación de la “doctrina de los frutos del árbol envenenado” (*the fruit or the taint of the poisonous tree doctrine*) mediante la cual la ineficacia de la prueba obtenida ilícitamente se extiende a las pruebas que, aún siendo lícitas, derivan de aquella que es ilegal. En el caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* (1920)²¹⁵ sembró la semilla de esta doctrina que terminó germinando con la sentencia del caso *Nardone vs. United States* (1939)²¹⁶ en la que por primera vez se utilizó la expresión *the fruit or the taint of the poisonous tree doctrine*. Con *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* se empieza a perfilar una corriente dentro del seno de la Corte Suprema que alcanzará su auge en la década de los 50-60, el llamado activismo judicial en el que se va definiendo el rol de los Tribunales en el sistema de separación de poderes, sobre todo en lo que respecta a la interpretación de la Constitución y los derechos de la *Bill of Rights*

Durante esos años se dictaron sentencias importantes e relación con la *Exclusionary Rule* que introdujeron importantes cambios en cuanto al reconocimiento de derechos como en la sentencia del caso *Powel vs. Alabama*²¹⁷, en 1932, que dio origen a las reglas referentes a la necesidad de que el detenido tuviera siempre un abogado.

También se sentó la doctrina de que la *Exclusionary Rule* se aplicaba sobre la base interpretativa de la Cuarta Enmienda, sin necesidad de la interpretación conjunta de la Cuarta y de la Quinta Enmienda como en el caso *Boyd*, en una de las sentencias más importantes sobre la materia que sirvió de argumentación a las posteriores y que, incluso, hoy en día se sigue alegando como razonamiento: la sentencia del caso *Weeks vs US*²¹⁸ de 1914.

²¹⁵ *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* (251 U.S. 385, 1920)

²¹⁶ *Nardone vs. United States* (308 U.S. 338, 1939)

²¹⁷ *Powel vs. Alabama* (287 U.S. 45, 1932)

²¹⁸ *Weeks vs US* (232 U.S. 383, 1914) Vid.. Cap. III. 1.3 de esta obra

Otras sentencias importantes de este periodo fueron:

*Lusting vs. United States*²¹⁹(1949) mediante la que se creó la “*silver platter doctrine*” mediante la cual se permitía a la autoridad federal utilizar las pruebas que le hubieran sido entregadas por una autoridad estatal aunque se hubieran obtenido de manera ilícita resultando inconstitucionales si hubieran sido adquiridas por la autoridad federal.

Irónicamente se denominó la “doctrina de la bandeja de plata” por el hecho de que, para poder evitar la aplicación de la regla de exclusión, los agentes federales aprovechaban la inmunidad, en cuanto a prohibición probatoria se refería, de la que gozaban los agentes estatales para la obtención de pruebas aún de forma ilegal y poder utilizar ese material probatorio en el proceso servido en “bandeja de plata” por las autoridades estatales²²⁰.

La doctrina se abandonó en 1961 con la sentencia del caso *Elkins vs. US*²²¹ y solo un año después, con el caso *Mapp vs. Ohio*²²², se extiende la aplicación de la *Exclusionary Rule* a todas las jurisdicciones estatales mediante la interpretación de la Decimocuarta Enmienda.

*Wolf vs. People of State of Colorado*²²³ en la que se discute la posibilidad de aplicar la *Exclusionary Rule* a todos los Estados federados a través de la aplicación interpretativa de los efectos de la Cuarta y de la Decimocuarta Enmienda, en esta sentencia la Corte interpretó que los registros ilegales realizados por la policía iba en contra de el derecho a la intimidad personal, como parte del concepto de libertad, y que

²¹⁹ *Lusting vs. United States* (338 U.S.74, 1949)

²²⁰ Esta doctrina ya se aplicó en la sentencia del caso *Weeks*, al ser la Corte Suprema Federal el máximo órgano de interpretación de la Constitución Federal sus resoluciones y doctrinas se aplicaban únicamente al ámbito federal, dejando a cada Estado la libertad de aplicar la *Exclusionary Rule*, como así se puso de manifiesto en la sentencia posterior *Wolf vs People of State of Colorado* (338 U.S 25,1949) en la que ya se empezó a aplicar la regla de exclusión sobre la base de la Decimocuarta Enmienda relativa al “Due Process Clause” pero sin imponer a los Estados su aplicación permitiendo a cada Estado que optara por la solución que, en su consideración, considerara más factible. No fue hasta 1960, con la sentencia del caso *Elkins vs. Us* (364 U.S. 206), cuando se abandonó la *silver platter doctrine*

La expresión fue acuñada por el Juez Frankfuter en la sentencia del caso *Lusting* al establecer que: “La clave de esta doctrina es que un registro es un registro efectuado por un agente federal si dicho agente lo practica por sí mismo, pero no será un registro federal si la prueba ha sido obtenida por las autoridades estatales y posteriormente es pasada al agente federal en una bandeja de plata”. Texto original: “*The key to this doctrine is that a search is a search made by a federal agent if the agent practices it by itself, but not will be a federal registration if the evidence have been obtained by the state authorithies and is then passed to the federal agent on a silver platter*”.

²²¹ *Elkins vs. US* (364 U.S 206,1960)

²²² *Mapp vs. Ohio* (367 U.S 643, 1961)

²²³ *Wolf vs. People of State of Colorado* (338 U.S 25, 1949)

en virtud de la cláusula del “*Due Process*” contenida en la Decimocuarta Enmienda ese derecho se podía hacer valer contra todos los Estados, sin embargo también estableció que no se podía obligar a éstos a que aplicasen la regla de exclusión. Es decir, la Corte daba una de cal y otra de arena en cuanto a la extensión de la aplicación de la *Exclusionary Rule* a todos los Estados

Rochin vs, People of California (1952), ²²⁴en este caso la argumentación de la Corte Suprema Federal resulta un tanto excepcional a la par que curiosa ya que se fundamenta en cuestiones de justicia material derivadas de la propia sensibilidad humana apartándose de cuestiones formales y de derecho positivo.

Un breve resumen de los hechos hace más comprensible la opinión de los Magistrados sobre la cuestión de la obtención de pruebas utilizando métodos contrarios a “las sensibilidades más endurecidas”²²⁵: Basados en informaciones no contrastadas según las cuales el sospechoso Antonio Rochín traficaba con drogas, tres agentes de policía del Estado de California observando que la puerta de entrada estaba abierta irrumpieron en su domicilio, sin orden judicial y sin causa probable, y se dirigieron hasta la puerta del dormitorio derribándola.

En esa estancia se encontraba el sujeto con su esposa, preguntado por el contenido de dos cápsulas que se encontraban en su mesilla de noche Rochin procedió a ingerirlas lo que supuso que los agentes se abalanzaran sobre él intentando forzarle violentamente a que las escupiera. Al no conseguir su propósito lo esposaron y lo llevaron a un hospital donde un facultativo, siguiendo órdenes de los agentes y sin el consentimiento del detenido, procedió a provocar el vómito del Sr. Rochin con la expulsión de las cápsulas y cuyo contenido posteriormente se analizó dando como resultado morfina.

Esas cápsulas fueron la principal prueba de cargo utilizada en el juicio ante el Tribunal de Primera Instancia que sentenció la culpabilidad de Rochin de un delito de posesión de estupefacientes, dado que las leyes del Estado de California permitían la

²²⁴ *Rochin vs, People of California (342 U.S. 165, 1952)*

²²⁵ Así lo declaró el Juez Frankfurter: “*this is conduct that shocks the consciencie. Illegally breaking into the privacy of the petitioner, the struggle to open his mouth and remove what was there, the forcible extraction of his stomach’s contents...is bound to offend even hardened sensibilities. There are methods too close to the rack and screw*”.

“Esta es una conducta que golpea a la conciencia. Irrumpiendo ilegalmente en la intimidad del peticionario, la lucha por abrir la boca y eliminar lo que había allí, la extracción forzada del contenido de su estómago... ofende incluso a las sensibilidades más endurecidas. Son métodos mucho más cercanos a algunas torturas medievales”

admisibilidad de las pruebas con independencia del modo de su obtención puesto que, en el caso de que se hubiesen violado derechos de los presuntos culpables, había remedios indemnizatorios a través de las demandas civiles para la satisfacción de la ofensa sufrida y remedios sancionadores por la vía penal para los agentes que la hubieran provocado.

El Tribunal de Apelaciones confirmó la decisión de Primera Instancia y el Tribunal Supremo del Estado de California ni siquiera admitió a trámite el recurso.

Llegado el caso a la Corte Suprema Federal se dictaminó, con gran dureza, que se habían violado los derechos del Sr. Rochin recogidos en la Cuarta y en la Quinta Enmienda y aplicó la *Due Process Clause* de la Decimocuarta Enmienda como límite al poder de los Estados en relación con la independencia para administrar justicia y estableció con rotundidad “El respeto de los requisitos de la cláusula del debido proceso "impone ineludiblemente a este Tribunal un ejercicio de juicio sobre todo el curso de los procedimientos (resultando en una condena) con el fin de determinar si ofenden a los cánones de decencia y equidad que expresan las nociones de Justicia de los pueblos angloparlantes incluso hacia los acusados de las ofensas más atroces”²²⁶. Y continúa explicando: “Estas decisiones no son excepciones arbitrarias al derecho integral de los Estados a establecer sus propias reglas de prueba para los juicios penales. No son deportes en nuestra ley constitucional sino aplicaciones de un principio general. Sólo son instancias del requisito general que los Estados en sus enjuiciamientos respeten ciertas decencia de conducta civilizada”.

Esta decisión de la Corte Suprema dio lugar a la llamada “*shock- the- conciencia test*” como repulso de la conciencia a determinadas conductas policiales que deben de ser rechazadas, doctrina que aún hoy sigue siendo alegada en casos graves pero que, sin embargo, es escasamente aplicada fundamentalmente por el problema de la subjetividad derivado del término “conciencia”²²⁷.

²²⁶ Texto original: “*Regard for the requirements of the Due Process Clause 'inescapably imposes upon this Court an exercise of judgment upon the whole course of the proceedings (resulting in a conviction) in order to ascertain whether they offend those canons of decency and fairness which express the notions of justice of English-speaking peoples even toward those charged with the most heinous offenses.*”

“*These decisions are not arbitrary exceptions to the comprehensive right of States to fashion their own rules of evidence for criminal trials. They are not sports in our constitutional law but applications of a general principle. They are only instances of the general requirement that States in their prosecutions respect certain decencies of civilized conduct.*”

²²⁷ Prueba de ello es que posteriormente se restringió la aplicación de la doctrina Rochin en sentencias como *Irvine vs California* (347 U.S. 128, 1954). *Breipthaupt vs. Abram* (352 U.S. 432, 1957)

B. “La Corte Warren” (1953- 1969)

Esta etapa es una de las más famosas dentro de la historia judicial de los Estados Unidos, no sólo por lo prolífica en cuanto a las decisiones de la Corte si no también por su marcado carácter liberal y por su revolución ideológica que afectó a una sociedad de talante conservador en la que cuestiones como la segregación racial o la desigualdad en la emisión de los votos para las elecciones políticas eran consideradas propias de la cultura norteamericana y, por lo tanto, intocables.

La llegada a la presidencia de la Corte Suprema Federal del Juez Earl Warren supuso una ampliación del poder liberal, que si bien en la época anterior se empezaba a vislumbrar con la incorporación de Warren terminó de consolidarse.

Claro defensor de los derechos civiles y del activismo judicial, que durante esta etapa alcanzó su momento álgido, en oposición a otros miembros de la Corte como el Juez Frankfurter o el Juez Jackson con ideas más conservadoras, durante su mandato se tomaron decisiones que influyeron a nivel político - social legislativo y judicial, lo que supuso una gran agitación en la mentalidad de la tradicional sociedad norteamericana²²⁸.

Se reinterpretó la Constitución apartándose del criterio seguido hasta entonces en el que lo fundamental era el escrupuloso respeto hacia la separación de poderes convirtiéndose en una manifestación del garantismo exacerbado de los derechos individuales de la mano de un núcleo de jueces liberales que llevaban hasta el extremo su ideología. Las decisiones de la Corte fueron recibidas unas veces con críticas y otras con alabanzas pero lo cierto es que sus modificaciones en cuestiones de justicia penal han pervivido en el tiempo²²⁹.

o *Schmerber vs. California* (384 U.S. 757, 1966). En todas ellas no se aplicó la Decimocuarta Enmienda y se consideró que era de aplicación el régimen estatal sin aplicar la regla de exclusión.

²²⁸ Ejemplo de sus logros lo constituyen decisiones mediante las cuales se consiguió la redistribución de los votos mediante el caso *Reynolds vs Sims* (277 U.S. 533, 1964). Para Warren el peso del voto de cada ciudadano no puede depender del lugar donde vive, iría en contra de la igualdad proclamada por la Constitución norteamericana.

Se terminó con la segregación racial en las escuelas en una decisión histórica con el caso *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483, 1954)

²²⁹ Para algunos autores las decisiones de la Corte Warren aportaron “mejoras duraderas” así DARRYL K. BROWN : “No creo que se pueda decir que las decisiones de procedimiento penal de Warren Court fueran, en general, inoportunas y contraproducentes. Es difícil medir el éxito de estas

En la cuestión que nos ocupa, la regla de exclusión, fue una época que transformó la legislación norteamericana en cuanto a los derechos de los acusados, dando lugar a sentencias emblemáticas como la del caso *Elkins vs U.S.*²³⁰ (1960) en el que se abandona definitivamente la “*silver platter doctrine*”, *Mapp vs. Ohio* (1961) mediante la que se extendería la aplicación de la regla de exclusión a las jurisdicciones estatales lo que supone un afianzamiento de la misma o *Miranda vs. Arizona* (1966) que dio origen a las “Reglas Miranda” en las que se recogen los derechos de los detenidos.

Otras decisiones importantes fueron: *Escobedo vs. Illinois*²³¹ en la que se anuló la condena porque el acusado fue interrogado sin la presencia de un abogado, *Malloy vs. Hogan*²³² en la que se profundiza y amplía el derecho a no declarar contra sí mismo o el caso *One Plymouth Sedan vs Pensilvania*²³³ en la que se aplicó la regla de excepción para un caso civil, a pesar de que no se volvió a retomar esa doctrina en casos posteriores.

decisiones, pero existen argumentos plausibles de que nos han dado mejoras duraderas, si marginales, en el sistema de Justicia Penal. La regla de exclusión de MAPP dista mucho de ser efectiva (o incluso forzosamente forzada) en las búsquedas ilegales, pero las cuatro décadas siguientes no han dado argumentos sólidos para una mejor alternativa”. Texto original: “*I do not think one can say that the Warren Court's criminal procedure decisions were, on the whole, ill-advised and counterproductive. It is difficult to measure the success of these decisions, but there are plausible arguments that they gave us lasting, if marginal, improvements in the criminal justice system. Mapp's Exclusionary Rule is far from an effective (or even consistently enforced) deterrent on illegal searches, but the ensuing four decades have not yielded strong arguments for a better alternative*”. BROWN, DARRYL K : “*The Warren Court, Criminal Procedure Reform, and Retributive Punishment*” 59 Wash. & LeeL. Rev. 1411 (2002), <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol59/iss4/10>, pág 1426.

En cuanto al carácter político de las decisiones el mismo autor considera que “La contribución de Warren Court a los debates políticos que dieron como resultado nuestras políticas de sentencia de las últimas dos décadas no es más que un recordatorio de la ley de consecuencias no intencionadas y de la verdad práctica de que la reforma a través de litigios no es más fácil de manejar, predecir, o lograr que la reforma por cualquier otro medio” pág 1428.

Texto original: “*The Warren Court's contribution to the political debates that resulted in our sentencing policies of the last two decades is merely a reminder of the law of unintended consequences and of the practical truth that reform through litigation is no easier to manage, predict, or achieve than reform by any other means*”.

Sin embargo para otros autores las decisiones adoptadas por la Corte Suprema Federal en la etapa Warren no fueron todas de carácter liberal, si no que también se dictaron algunas de marcado carácter conservador SCHULHOFER, STEPHEN J: “*The Constitution and the Police: Individual Rights and Law Enforcement*”, 66 Wash. U. L. Q. 11 (1988): http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol66/iss1/3.

²³⁰ *Elkins vs U.S* (364 U.S. 206, 1960)

²³¹ *Escobedo vs Illinois* (378 U.S 478, 1964)

²³² *Malloy vs Hogan* (378 U.S 1, 1964)

²³³ *One Plymouth Sedan vs. Pennsylvania* (380 U.S 693, 1965)

Sin embargo también se adoptaron otras en las que ya se empieza a vislumbrar las restricciones que, en las siguientes décadas, van a constituir la tónica general hasta tal punto que la existencia de esas excepciones aplicadas, fundamentalmente, a partir de los años 70 van a pasar a ser la base del declive de la propia regla de exclusión.

El caso *Wong Sun vs. United States*²³⁴ en 1963 supuso la introducción de una de las excepciones más utilizadas para permitir el acceso al proceso de las pruebas derivadas de otras obtenidas de manera inconstitucional: la excepción de la fuente independiente, según la cual las pruebas serán consideradas lícitas cuando no existe una relación causal entre el acto ilícito y la prueba obtenida.

En este caso el señor Wong fue delatado como proveedor de estupefacientes por uno de sus clientes habituales. Detenido, sin causa probable, e interrogado sobre los hechos Wong Sun los negó en un principio y fue dejado en libertad por la policía, posteriormente acudió voluntariamente a la Comisaria, con la esperanza de hacer un trato con los agentes para reducir su condena, e hizo una declaración admitiendo haber vendido la droga.

Para la Corte Suprema esa segunda declaración, prestada voluntariamente, suponía una ruptura del nexo causal entre el arresto ilegal y el hecho de prestar voluntariamente la declaración, por lo que no se podía aplicar la doctrina de *fruit of the poisonous tree* admitiendo su confesión como evidencia.

Lo curioso de este caso es que la Corte ordenó la nulidad de la sentencia de apelación porque en ella no quedaba claro que el Tribunal de Apelaciones no hubiera tenido en cuenta el resto de elementos considerados como fruto de la detención ilegal (las declaraciones hechas por los otros acusados, la propia droga entregada a los agentes por uno de los acusados como consecuencia de su declaración y las declaraciones no firmadas por ninguno de los acusados) por lo que devolvió la causa al Tribunal de Primera Instancia.

La excepción de la fuente independiente (*independent source doctrine*) fue aplicada, no sin controversia, durante las décadas posteriores a la que se unieron otras restricciones y excepciones que vaticinaban malos augurios para la regla de exclusión

²³⁴ *Wong Sun vs. U.S* (371 U.S. 471, 1963)

C. “La Corte Burger” (1969- 1986)

Bajo la presidencia del país de Richard Nixon la Corte Suprema de los Estados Unidos dio un giro radical en cuanto a su doctrina defensora de los derechos individuales. Con el nombramiento del Juez Warren Burger como presidente del Tribunal Supremo Nixon pretendía poner freno al liberalismo establecido por la Corte Warren sobre todo en lo que se refería a la interpretación de la Cuarta y de la Quinta Enmienda.

Burger, que había manifestado en varias ocasiones ser contrario a la aplicación de la *Exclusionary Rule*, cuestionaba el efecto disuasorio de su aplicación “(...) comprometido en un proceso de erosión al restringir la exclusión de pruebas y ampliar el número de circunstancias exigentes que permiten búsquedas sin orden judicial”²³⁵, hasta el punto de que en el caso *Bivens vs. Six Unknown Fed. Narcotics Agents (1971)*²³⁶ manifestó su opinión disidente y recomendaba al Congreso buscar alternativas a la regla de exclusión como remedio para evitar las conductas policiales ilícitas, así manifestó que “No obstante, no propongo que abandonemos la doctrina de la supresión hasta que se pueda desarrollar una alternativa significativa. En cierto sentido, nuestro sistema legal se ha convertido en el cautivo de su propia creación” y continuó diciendo: “No veo ningún obstáculo insuperable para la eliminación de la doctrina de la supresión si el Congreso proporcionara algún remedio significativo y efectivo contra la conducta ilícita de los funcionarios del gobierno” y concluyó rotundamente: “Concluyo, por lo tanto, que es necesario un remedio totalmente diferente, pero es uno que, en mi opinión, está tanto más allá del poder judicial como el paso que el tribunal toma hoy. El Congreso debería desarrollar un recurso administrativo o quasijudicial contra el propio gobierno para pagar indemnización y restitución para las personas cuyos derechos de cuarta enmienda han sido violados²³⁷”.

²³⁵ AVILA. SIMAO: “*Erosion of the Exclusionary Rule Fourth Amendment*” en *Santa Clara Law*. Vol.22 nº 4 Rev. 1027. 1982. <http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol22/iss4/2>, pág 1028. Texto original: “ (...) has engaged itself in an erosion process by restricting the exclusion of evidence and expanding the number of exigent circumstances permitting warrantless searches ”

²³⁶ *Bivens vs. Six Unknown Fed. Narcotics Agents (403 U.S. 388, 416, 1971)*. Opinión disidente Chief Justice Burger

²³⁷ Texto original: “*I do not propose, however, that we abandon the suppression doctrine until some meaningful alternative can be developed. In a sense our legal system has become the captive of its*

Sin embargo la mayoría de las decisiones adoptadas por el Tribunal en la época anterior fueron mantenidas aunque, en lo que respecta a la regla de exclusión, el talante conservador de la mayoría de los miembros de la Corte hizo mella tanto en su aplicación como en su interpretación dando origen a una variedad de excepciones justificadas porque “los costes sobrepasaban los beneficios derivados de la aplicación de esta regla”²³⁸.

Al principio de los años 70 se adoptaron una serie de decisiones que mantenían y respetaban la doctrina de las décadas anteriores, casos como *Argensinger vs. Hamlin*²³⁹ supuso una ampliación del derecho a que los acusados estén representados por un abogado incluso cuando se tratara de delitos menores o *Brow vs. Illinois*²⁴⁰ en la que se aplicó la doctrina de los “frutos del árbol envenenado” rechazando la excepción de la fuente independiente y se invalida una confesión incriminatoria, prestada con todos los requisitos legales, derivada de un arresto ilegal.

A pesar de estas decisiones, la realidad de la regla de exclusión en esta etapa fue la de su restricción. Una de las sentencias más importantes y que supondría el inicio de la desconstitucionalización de la propia regla y, por ende, su desprotección dejando al albur de la subjetividad de los miembros de la Corte, ya de por sí reticentes a su aplicación y extensión a nuevos ámbitos, la interpretación basada en el *balancing test* o teoría de la ponderación (si bien esa técnica ya era utilizada por la Corte Suprema a partir de los años 50, sobre todo en el ámbito de la Primera Enmienda en relación con los derechos de libertad de expresión y de asociación)²⁴¹ fue la dictada en el caso *United States vs. Calandra*²⁴².

own creation.” (...) “I see no insuperable obstacle to the elimination of the suppression doctrine if Congress would provide some meaningful and effective remedy against unlawful conduct by government officials”. (...) “I conclude, therefore, that an entirely different remedy is necessary but it is one that in my view is as much beyond judicial power as the step the Court takes today. Congress should develop an administrative or quasijudicial remedy against the government itself to afford compensation and restitution for persons whose Fourth Amendment rights have been violated.”

²³⁸ EUSAMIO MAZAGATOS. E; SÁNCHEZ RUBIO. A, op. cit, pág 93

²³⁹ *Argensinger vs. Hamlin* (407 U.S 25, 1972)

²⁴⁰ *Brow vs. Illinois* (422 U.S 590, 1975)

²⁴¹ Ejemplos de ello: *Barenblatt v. United States* (360 U.S. 109, 1959), *Scales v. United States* (367 U.S. 203, 1961) o *Lathrop v. Donohue* (367 U.S 820, 1961),

²⁴² *United States vs. Calandra* (414 U.S 338, 1974). El Balancing test ha sido valorado positivamente por la sociedad norteamericana, según esta teoría “se ordena al juez que evite aplicar las reglas formales al decidir un caso y, en cambio, equilibre los intereses en conflicto de los litigantes (o de la sociedad en general) y que falle del lado de los intereses más importantes”: “*It directs a judge to eschew*

En este caso se obligó a declarar a un testigo sobre unas pruebas obtenidas en un registro ilegal y se negó la posibilidad de extender la aplicación de la *Exclusionary Rule* a las actuaciones del Gran Jurado sobre la base de la argumentación de la ponderación de intereses, sopesando el daño que sufrirían las funciones históricas del Gran Jurado frente a los potenciales beneficios que supondría la aplicación de la regla de exclusión en ese contexto.

Se pasó de considerar el fundamento de la *Exclusionary Rule* como un medio de proteger los derechos reconocidos en la *Bill of Rights* de la Constitución norteamericana frente a los abusos policiales y la integridad judicial derivada de esa protección, al argumento del efecto disuasorio, *deterren effect*²⁴³, para evitar las conductas policiales ilegales, es decir, se considera a la regla de exclusión como un remedio extraconstitucional elegido por la Corte Suprema para disuadir a los agentes del orden de realizar conductas ilegales en el curso de la investigación de un delito, basada la elección de ese remedio en razones de conveniencia (siempre y cuando no se encuentre otro remedio mejor y más efectivo para conciliar los intereses en conflicto).

La opinión disidente del Juez Brennan, a la que se unieron los jueces Douglas y Marshal, es significativa y quasipremonitoria en lo que respecta al declive de la regla de exclusión: “Como consecuencia, me quedo con la incómoda sensación de que la decisión de hoy puede indicar que la mayoría de mis colegas se han posicionado para reabrir aún más la puerta y abandonar por completo la regla de exclusión en los casos de búsqueda y decomiso”²⁴⁴.

Posteriormente esa desconstitucionalización se fue afianzando amparándose en el argumento de que los costes de excluir las pruebas eran superiores a sus beneficios marginales, sobre todo cuando se trataba de casos civiles²⁴⁵ en los que, de por sí, *la*

the application of formal rules in deciding a case, and instead to balance the competing interests of the litigants (or the competing interests of society more generally), and to give judgment for the side with the weightier interests”. MCFADDEN. P.M : “The Balancing Test”, en Boston College Law Review. 29B.C.L. Rev.585 (1988),<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol29/iss3/2>. pág 586. El mismo autor después de hacer un análisis de los resultados de la aplicación de esta técnica lo valora como una posibilidad de que dañe a la justicia pero que no hay que sorprenderse de que prospere: “The balancing test may well disserve the end of justice, but we should not be surprised to see it flourish”, pág 656

²⁴³ Vid. Cap. III Apto IV. 1 de esta obra

²⁴⁴ Texto original: “As a consequence, I am left with the uneasy feeling that today's decision may signal that a majority of my colleagues have positioned themselves to reopen the door still further and abandon altogether the Exclusionary Rule in search-and-seizure cases”

²⁴⁵ *United States vs. Janis* (428 U.S 433, 1976), *INS vs. López-Mendoza* (468 U.S 1032, 1984)

Exclusionary Rule era rechazada si bien en estos casos la argumentación de la ponderación de intereses en juego era lo que marcaba la diferencia y lo que evidenciaba una paulatina incorporación de esa justificación a los casos penales, con la consiguiente elaboración de teorías y doctrinas generadoras de excepciones a la regla de exclusión y, por consiguiente, a su abandono.

Durante este periodo se adoptaron una serie de decisiones restrictivas a la regla, bien por considerar que los que alegaban la regla de exclusión carecían de legitimación para ello²⁴⁶, o porque el acusado había cooperado en la obtención de las pruebas a pesar de que éstas fuesen ilícitas²⁴⁷, bien porque se debían de tener en cuenta circunstancias que, a juicio de la Corte, eran más importantes como la intensidad o la naturaleza de la infracción²⁴⁸, o bien se crearon excepciones a la regla como la conexión atenuada²⁴⁹, la buena fe²⁵⁰ o el descubrimiento inevitable²⁵¹ que serían de una extensa aplicación en la jurisprudencia posterior hasta el momento actual en el que esas excepciones, además muchas otras, se siguen imponiendo.

Una de las sentencias más importantes que marcó el camino hacia una de las excepciones más invocadas, la excepción de la buena fe o *good-faith exception*, según la cual, y sobre la base del argumento de costes-beneficios, en aquellos casos en los que los agentes policiales hayan procedido a realizar registros e incautaciones de pruebas con una orden judicial creyendo de buena fe que ésta ha sido dictada correctamente y es válida, a pesar de que posteriormente la orden se declare nula, se considera que los derechos protegidos por la Cuarta Enmienda no han sido violados y, por lo tanto, no se aplica la regla de exclusión, ha sido la que decidió el caso *United States vs. León*²⁵²:

²⁴⁶ *Alderman vs. United States* (394 U.S. 165, 1969), *Rakas vs. Illinois* (434 U.S. 128, 1978), *United States vs. Salvucci* (448 U.S. 83, 1980) y *United States vs. Payner* (447 U.S. 727, 1980).

²⁴⁷ *United States vs. Ceccolini* (435 U.S. 268, 1978), *Dunaway vs New York* (442 U.S. 200, 1979) y *United States vs. Havens* (446 U.S. 620, 1980)

²⁴⁸ *Stone vs. Powel* (428 U.S. 465, 1976)

²⁴⁹ *Dunaway vs. New York* (442 U.S. 200, 1979). En relación a las excepciones Vid. Cap III. 2.1

²⁵⁰ *United States vs. León* (468 U.S. 897, 1984)

²⁵¹ *Nix vs. Williams* (467 U.S. 431, 1984)

²⁵² *United States vs. León* (468 U.S. 897, 1984). Después de el caso León se dictaron más sentencias en las que la excepción de la buena fe se ampliaba a otros supuestos, como por ejemplo el caso *Massachussets vs. Sheppard* (468 U.S. 981, 1984) en el que la razón de aplicar la doctrina de la buena fe a unas pruebas obtenidas bajo una orden judicial defectuosa, no se especificaban los bienes sobre los que recaía la orden de registro, fue la creencia de los policías de que la orden era correcta y que no podían desconfiar de un juez. En este caso se culpó al juez de no haber dictado la orden con todas las garantías y se permitieron las pruebas obtenidas puesto que la función disuasoria que pretendía ejercer la regla de

La policía del Estado de California, con la debida orden judicial, procedió a realizar registros en vehículos y domicilios bajo la sospecha de que unos individuos estaban traficando con drogas, en el juicio se demostró que la orden judicial se había emitido sin “causa probable”. Uno de los acusados, el sr. León, alegó que las pruebas obtenidas por los agentes debían de ser excluidas del proceso por haber sido obtenidas sobre la base de una orden ilegal.

El Tribunal de primera instancia aceptó la argumentación de la exclusión de las pruebas puesto que la orden no debió de haber sido dictada al faltar la causa probable, el gobierno apeló y cuando llegó a la Corte Suprema se planteó la cuestión relativa a qué interés tenía el efecto disuasorio de la regla de exclusión en aquellos casos en los que la policía actuaba de buena fe. Consecuencia de ese interrogante fue la creación de la excepción de la buena fe, ampliamente criticada por la doctrina norteamericana²⁵³, argumentando que los costes de aplicar la regla de exclusión eran muy superiores al beneficio de no hacerlo, y que la aplicación de la regla tenía que hacerse cuando la violación de la Cuarta Enmienda había sido realizada de forma deliberada siendo el enfoque equilibrado relativo a su utilización en diferentes contextos lo que “sugiere que la regla debería ser modificada para permitir la introducción de las pruebas obtenidas por los funcionarios que confían de forma razonable en una orden emitida por un juez

exclusión en relación con los agentes de policía no se cumplía (hubiera sido al juez no a la policía, y para los jueces no estaba previsto ese efecto disuasorio).

²⁵³ Ejemplo de las críticas las encontramos en frases como: “Al crear una excepción a la regla excluyente, que hasta ahora funcionaba automáticamente una vez que se determinó que la evidencia se había incautado injustificadamente, la corte ha abierto nuevas vías de litigio y confusión” Original: “*By creating an exception to the Exclusionary Rule, which heretofore operated automatically once evidence was found to have been unreasonably seized, the Court has opened up new avenues of litigation and confusion*”. BRADLEY. C.M: “*The "Good Faith Exception" Cases: Reasonable Exercises in Futility*” en *INDIANA LAW JOURNAL* Vol. 60:287, 1985, pág 303.

Críticas a la “Corte Burger” como: “Asumiendo, como parece razonable, que el objetivo de la Core Burguer es obtener más testimonios la teoría del coste neutro de la teoría del beneficio de la prueba se expone como una herramienta de manipulación política” Original: “*Assuming, as seems reasonable, that the goal of the Burger Court is to obtain more convictions, the ostensibly neutral cost-benefit test is exposed as a policymaking tool*”. MCDONALD. M.W: “*The Good Faith Exception to the Exclusionary Rule: United States v. Leon and Massachusetts v. Sheppard,*” *Rev.* 609, 1986 <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol27/iss3/5>, pág 633

Críticas aún más duras: “Estados Unidos v. León no fue más que una leve progresión en el proceso de destripar la cuarta enmienda (o, si lo prefiere, la regla excluyente) que comenzó hace más de una década con Estados Unidos v. Calandra”. Original: “*United States v. Leon was merely a mild progression in the process of gutting the Fourth Amendment (or, if you prefer, the Exclusionary Rule) which began more than a decade ago with United States v. Calandra*”. DUKE. S: ., “*Making Leon Worse*” (1986).*Faculty Scholarship Series.Paper 816.* http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/816, pág 1422

independiente y neutral”.²⁵⁴ Hay que precisar que la excepción de la buena fe tiene un carácter sustantivo y no procesal²⁵⁵ en relación a los criterios que rigen la Cuarta Enmienda debido a que lo que se argumenta es que si los agentes policiales actúan en la creencia de que la orden otorgada por el Juez es válida no se produce violación alguna de los derechos contenidos en la Cuarta Enmienda, por lo tanto no puede existir un remedio procesal a una violación de derechos que no se ha producido.

Al igual que sucedió en el caso *Calandra* en *León* también hubo opiniones disidentes de los Magistrados más liberales. La decisión se tomó por mayoría de seis votos, los jueces conservadores Burger, White, Blackmun, Powell, Rehnquist y O'Connor, frente a los tres disidentes liberales Brennan, Marshall y Stevens, lo que evidencia que el talante de la Corte, después de los fallecimientos y jubilaciones que se iban sucediendo durante este periodo, iba cambiando hacia un carácter más conservador que se reflejaba en sus decisiones en particular se va evidenciando, cada vez más notoriamente, las reservas que la mayoría albergaban acerca de la *Exclusionary Rule* y que en las épocas posteriores se harán más patentes.

Por otra parte se empezaron a restringir los requisitos que la Cuarta Enmienda exige en relación a la necesidad de la existencia de una orden judicial para proceder a realizar registros, así en *Smith vs Maryland*²⁵⁶ se estableció que no era necesario una orden judicial para analizar unas llamadas telefónicas, en *United States vs. Place*²⁵⁷ se consideró que olfatear equipajes por los perros policía no era un registro o las taquillas de los estudiantes como en *New Jersey vs T.L.O*²⁵⁸ o que tampoco eran necesarias cuando lo que se iba a registrar eran casas móviles como ocurrió en *California vs. Carney*²⁵⁹. Ese criterio restrictivo se va a mantener y a ampliar durante la etapa posterior.

²⁵⁴ Texto original: “(...) suggest that the rule should be modified to permit the introduction of evidence obtained by officers reasonably relying on a warrant issued by a detached and neutral magistrate”

²⁵⁵ FIDALGO GALLARDO. C, op. cit, pág. 445

²⁵⁶ *Smith vs. Maryland* (442 U.S 735, 1979)

²⁵⁷ *United States vs Place* (462 U.S 696, 1983)

²⁵⁸ *New Jersey vs T.L.O* (469 U.S 325, 1985)

²⁵⁹ *California vs. Carney* (471 U.S 386, 1985)

D- “La Corte Rhenquist”. La era de las excepciones (1986- 2005)

A partir de este momento, segunda mitad de la década de los años 80, la mayoría de los jueces que componían la Corte Suprema, hay que decir que con gran estabilidad ya que su composición no varió durante varios años, representaban el pensamiento conservador y así lo reflejaban en sus decisiones, sobre todo en lo relativo a la *Exclusionary Rule*.

Durante estos años se fue consagrando la tendencia reduccionista en la aplicación de la regla de exclusión bien por limitar sus aspectos sustantivos, al no ubicar situaciones bajo el manto de las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta por considerar que no se producían violaciones de esos derechos, bien en sus aspectos procesales limitando su aplicabilidad, creando excepciones y acomodando las ya existentes o ahondando en la desconstitucionalización de la regla y todo ello bajo la argumentación de la ponderación.

Cierto es que al final de este periodo, con los tristes acontecimientos producidos a raíz del atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001, las leyes norteamericanas se han endurecido y los criterios en materia criminal se han restringido mucho²⁶⁰ y como consecuencia de ello se aumentó la reticencia a aplicar la regla de exclusión.

Se siguió con el criterio de que no era necesaria una orden judicial previa para proceder a determinados registros como en el caso *California vs Acevedo*²⁶¹ en el que se permitió el registro de coches o se consideró que el sobrevolar con helicóptero policial las casas no era considerado registro, *Florida vs. Riley*,²⁶² e incluso se permite el registro de la basura de un sospechoso aunque estuviera en propiedad privada, *California vs. Greenwood*²⁶³. También se establecieron restricciones en torno al concepto de detención

²⁶⁰ Claro ejemplo de ello es la llamada USA PATRIOT Act (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*) o LEY PATRIOTA (Uniendo y fortaleciendo a los Estados Unidos proporcionando las herramientas apropiadas necesarias para interceptar y obstruir la ley del terrorismo).

Aprobada por una amplia mayoría del Congreso y del Senado el 26 de octubre de 2001, en la que se dota a las Agencias de Seguridad amplios poderes, se crean nuevos delitos y se endurecen las penas contra el terrorismo pero al mismo tiempo se restringen los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos en pos de la seguridad nacional.

²⁶¹ *California vs. Acevedo* (500 U.S 565, 1991)

²⁶² *Florida vs Riley* (488 U.S 445, 1989)

²⁶³ *California vs. Greenwood* (486 U.S 35, 1988)

como en los casos *California vs. Hodari*²⁶⁴ o *Florida vs. Bostick*²⁶⁵ o restricciones a la advertencia de entrada y registro (antes de proceder a ello la policía debía llamar y avisar, *knock and announce*) en los casos *Wilson vs. Arkansas*²⁶⁶, *Richards vs. Wisconsin*²⁶⁷, *United vs. Ramirez*²⁶⁸ o *United States vs. Banks*²⁶⁹ en este último caso se estableció un tiempo prudencial de espera de quince o veinte segundos antes de proceder a la entrada.

En esta etapa la excepción de la buena fe se utilizó en múltiples ocasiones. A pesar de que la sentencia del caso León es la que considerada como la que inicia el criterio de la buena fe para poder excluir pruebas prohibidas del proceso, es el caso *Illinois vs. Gates*²⁷⁰ donde se puede apreciar la intención de la Corte de impedir que la regla de exclusión acceda al proceso.

La policía del Estado de Illinois recibió una carta anónima en la que se exponían, con todo lujo de detalles, que un matrimonio estaba involucrado en el tráfico de drogas e incluía los movimientos de la pareja relacionados con su actividad delictiva.

Un juez de Illinois emitió una orden de registro sobre la vivienda y el automóvil del matrimonio basándose en una declaración jurada de un policía en la que se relataban los hechos y en una copia de la carta anónima, en el registro se encontraron marihuana y otras drogas lo que condujo a su procesamiento. Sin embargo el Tribunal de Primera Instancia consideró que las pruebas obtenidas, las drogas, fueran suprimidas sosteniendo que tanto la carta como la declaración jurada no eran suficientes para considerar la existencia de una causa probable justificativa para la emisión de la orden de registro, decisión que fue ratificada por el Tribunal de Apelación y por la Corte Suprema de Illinois.

En este caso se abandonó la teoría Aguilar- Spinelli, *two-pronged test*, según la cual se evaluaba la validez de una orden de registro o de una detención sin orden judicial basándose en las afirmaciones de un confidente, y se sustituyó por la “teoría de la

²⁶⁴ *California vs. Hodari D* (499 U.S 621, 1991)

²⁶⁵ *Florida vs. Bostick* (501 U.S 429, 1991)

²⁶⁶ *Wilson vs. Arkansas* (514 U.S 927, 1995)

²⁶⁷ *Richard vs. Wisconsin* (520 U.S 285, 1997)

²⁶⁸ *United States vs Ramirez* (523 U.S 65, 1998)

²⁶⁹ *United States vs. Banks* (540 U.S 31, 2003)

²⁷⁰ *Illinois vs. Gates* (462 U.S 213, 1983)

totalidad de las circunstancias”²⁷¹ por la que se tiene en cuenta todas las informaciones disponibles a la hora de tomar una decisión, teniendo en cuenta el caso en particular, sobre la existencia o no de causa probable. Así la sentencia estableció que: “La tarea del magistrado emisor es simplemente tomar una decisión práctica, de sentido común, si, dadas todas las circunstancias establecidas en la declaración jurada, incluyendo la "veracidad " y "base del conocimiento " de las personas que suministran información de oídas, hay una probabilidad justa de que el contrabando o la evidencia de un crimen se encuentre en un lugar particular”²⁷².

En definitiva, la Corte Suprema Federal consideró que las pruebas eran válidas porque ateniéndose al conjunto de todas las informaciones obtenidas de un anónimo de buena fe, creíble y corroborado posteriormente con las investigaciones policiales no se estaban violando los derechos de la Cuarta Enmienda.

La ampliación de la doctrina de la Buena Fe se amplió en los casos *Illinois vs. Krull*²⁷³ en este caso se amplió la excepción de la Buena Fe a asuntos en los que la policía creía de buena fe que la norma que autorizaba los registros era constitucional, o en el caso *Illinois vs. Rodríguez*²⁷⁴ a aquellos casos en los que, no habiendo orden judicial de entrada y registro, se procedía al mismo con el consentimiento del acusado, o incluso cuando se trataba de autorizaciones judiciales defectuosas, caso de *Malley vs. Briggs*²⁷⁵ o *Arizona vs. Evans*²⁷⁶

Se siguieron aplicando excepciones a la regla de exclusión como la excepción del descubrimiento inevitable que permite que las pruebas obtenidas como consecuencia de una ilegalidad originaria y, por lo tanto, que serían inadmisibles en virtud de la teoría del fruto del árbol envenenado, puedan ser admitidas y valoradas en el juicio por considerar que esa pruebas derivadas se hubieran obtenido de todas formas a través de

²⁷¹ Sin embargo, algunos Estados como Alaska, Hawaii, Massachusetts, New York o Washington mantienen la teoría Aguilar- Spinelli en virtud de sus propias Constituciones Estatales

²⁷² Texto original: “*The task of the issuing magistrate is simply to make a practical, common-sense decision whether, given all the circumstances set forth in the affidavit before him, including the "veracity" and "basis of knowledge" of persons supplying hearsay information, there is a fair probability that contraband or evidence of a crime will be found in a particular place*”.

²⁷³ *Illinois vs. Krull* (480 U.S 340, 1987)

²⁷⁴ *Illinois vs. Rodríguez* (497 U.S 117, 1990)

²⁷⁵ *Malley vs. Briggs* (475 U.S 335, 1986)

²⁷⁶ *Arizona vs. Evans* (514 U.S 1, 1995)

medios legales²⁷⁷. De esta manera se va socavando *la Exclusionary Rule* de tal manera que la propia regla se ha convertido en la excepción y, paradójicamente, las excepciones a ella son la regla general.

En una época en la que el temor al terrorismo, a los delitos cometidos por grupos internacionales (tráfico de personas, ciberdelincuencia, tráfico de drogas, etc...) la seguridad de los ciudadanos prima, en esa balanza donde los tribunales sopesan los costes y beneficios, sobre los derechos de los presuntos culpables, y más aún cuando las ideologías políticas hacen mella en las decisiones de la Corte Suprema que tanta influencia generan en la sociedad norteamericana. Esas cuestiones se magnifican en los últimos años en los que la renovación de la Corte manifiesta una clara inclinación por el talante conservador de sus miembros.

E- El declive de la *Exclusionary Rule* (2005- actualidad)

En los últimos tiempos el carácter conservador de la Corte Suprema se manifestó en varias ocasiones.

En materia de la *Exclusionary Rule* su manifiesta decadencia se produce en el año 2006, en el caso *Hudson vs. Michigan*²⁷⁸, en el que se admitieron pruebas obtenidas en un registro domiciliario donde no se esperó el tiempo apropiado, después de llamar a la puerta, para proceder a la irrupción en la vivienda.

La policía encontró drogas y armas en el domicilio del señor Hudson y la Corte Suprema, a pesar de que se habían obtenido después de una entrada y un registro que no cumplía con la legalidad y que, por aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, no deberían de ser tenidas en cuenta en el juicio, consideró que no había por qué rechazarlas ya que los intereses que protege la regla de “llamar y anunciar” no engloban la protección de las pruebas que se pudieran obtener.

La Corte, por una mayoría muy ajustada (cinco a cuatro) que revela las inclinaciones predominantes de sus miembros, basó su argumentación en la teoría de los costes- beneficios y llegó a la conclusión de que el efecto disuasorio de la regla de

²⁷⁷ *Murray vs. United States* (487 U.S 533, 1988)

²⁷⁸ *Hudson vs. Michigan* (547 U.S 586, 2006)

exclusión no compensaba el elevado coste que la aplicación de la regla tenía para la sociedad.

En ese año no sólo se dejó de aplicar la regla de exclusión sobre la base de unos argumentos endebles y, porque no decirlo, subjetivos como la ponderación de intereses, si no que se fallaron otros casos en los que la merma de las garantías a los ciudadanos frente al poder policial y judicial se manifestó de forma abrumadora:

El caso *United States vs. Grubbs*²⁷⁹, en el que no existía causa probable para proceder a la emisión de una orden judicial de una entrada y registro. La Corte Suprema en un alarde de justificación imaginativa calificó a todas las órdenes judiciales limitativas de derechos como “anticipatorias” de lo que la policía se pudiera encontrar como consecuencia de su intervención.

El caso *Brigham City vs. Stuart*²⁸⁰. Aquí la Corte Suprema permitió que una entrada y registro se pudiera realizar sin que hubiera la autorización judicial oportuna cuando se tratara de razones de urgencia.

En los años posteriores se siguió limitando la regla de exclusión con argumentos poco sólidos como la buena fe policial o la ponderación de intereses. En el caso *Herring vs. United States*²⁸¹ se procedió a detener al sr. Herring con una orden errónea puesto que, dado que el sr. Herring era un delincuente habitual, se creyó que existía una orden de detención pendiente contra él cuando en realidad dicha orden había sido retirada meses antes. Como consecuencia de esa detención se registraron las pertenencias del detenido encontrándose drogas y armas, que no deberían de ser tenidas en cuenta al proceder de un registro ilegal. La Corte Suprema entendió que esas pruebas eran válidas al haber actuado los agentes policiales de buena fe y que, además, los costes de la aplicación de la regla eran superiores a los beneficios del efecto disuasorio que, por otra parte, no existía en este caso ya que el error cometido en la orden de detención fue causado por un funcionario judicial, no por la policía y por lo tanto “No hay ningún fundamento para creer que la aplicación de la regla de exclusión... tenga un efecto

²⁷⁹ *United States vs. Grubbs* (547 U.S.90, 2006)

²⁸⁰ *Brigham City vs. Stuart* (547 U.S. 398, 2006)

²⁸¹ *Herring vs. United States* (555 U.S. 135, 2009)

significativo sobre los empleados de los tribunales encargados de informar a la policía de que una orden ha sido anulada”²⁸²

Más allá de la aplicación o no de la regla de exclusión, el caso *Berghuis, Warden vs. Thompkins*²⁸³ infringió una herida cuasi mortal a los Derechos Miranda. Thompkins era sospechoso de haber participado, en el año 2000, en un tiroteo con resultado de muerte en Michigan. Cuando la policía lo detuvo y lo interrogó le informó de sus Derechos Miranda a lo que el sospechoso guardó silencio y así permaneció durante las tres horas que duró el interrogatorio. En un intento desesperado de los policías de que el sospechoso declarara, cambiaron la estrategia del interrogatorio y apelaron a la conciencia y a la espiritualidad del sr. Thompkins preguntándole si creía en Dios, si rezaba y si le había pedido perdón por lo que había hecho a lo que el sospecho contestó “sí” a todas las preguntas.

El resultado fue que el tribunal de instancia le condenó a cadena perpetua, Thompkins apeló alegando que había utilizado su derecho a permanecer en silencio reconocido en la Quinta Enmienda y que las declaraciones que realizó ante la policía, únicamente la respuesta “sí”, habían sido involuntarias. Cuando el caso llegó a la Corte Suprema se decidió, por mayoría ajustada de 5 votos a favor frente a 4, que el acusado había comprendido sus Derechos cuando le fueron leídos por la policía y que en ningún momento manifestó su voluntad de invocar el derecho a permanecer en silencio por lo que sus declaraciones eran voluntarias y, por ello, válidas.

Dos casos significativos de la aplicación de la excepción de la buena fe, considerando que los policías no habían actuado de manera deliberada, fueron *Virginia vs. Moore* (2008)²⁸⁴ y, tres años después, *Davis vs. United States* (2011)²⁸⁵, en los que se decide no aplicar la regla de exclusión a registros provenientes de arrestos ilegales bajo la premisa de que si los agentes de policía consideran que hay causa probable para creer que un individuo ha cometido un delito pueden proceder al arresto y registro sin violar la Cuarta Enmienda.

²⁸² Texto original: “*There was no basis for believing that application of the Exclusionary Rule... have a significant effect on court employees responsible for informing the police that a warrant has been quashed*”

²⁸³ *Berghuis, Warden vs. Thompkins* (560 U.S 370, 2010)

²⁸⁴ *Virginia vs. Moore* (553 U.S 164, 2008)

²⁸⁵ *Davis vs, United States* (555 U.S 135, 2011)

Por último, y como colofón a este recorrido jurisprudencial norteamericano, uno de los casos más polémicos de los últimos años de hecho es el último caso resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos y la primera decisión adoptada en cinco años después de *Davis vs. United States: Utah vs. Strieff*²⁸⁶. Los hechos de este caso son los siguientes: Un detective de narcóticos inició la vigilancia de una vivienda del sur de Salt Lake City basándose en una información anónima de que allí se estaba traficando con drogas. Después de varios días observando que, sospechosamente, entraba y salía mucha gente decidió parar, para realizar unas preguntas, a una de las personas que salía del edificio resultando ser el Sr. Strieff al que pidió su identificación. Una vez identificado, el detective procedió a realizar una llamada para interesarse sobre si existía alguna orden de detención pendiente sobre el Sr. Strieff resultando que lo único que pesaba sobre él era una infracción de tráfico lo que motivó su arresto y consiguiente registro a sus pertenencias en las que encontraron metanfetanminas.

El Sr. Strieff fue acusado de delitos relacionados con las drogas. A pesar de que la fiscalía reconoció que la detención no era legal debido a que no existían sospechas razonables que la justificaran, el Tribunal de Instancia admitió las pruebas con la argumentación de la excepción de la conexión atenuada según la cual si existe algún elemento que rompe la relación causal entre la detención y la obtención de las evidencias éstas se admiten y, por lo tanto, no se aplica la regla de exclusión. La Corte Suprema de Utah, sin embargo, consideró que las pruebas eran inadmisibles porque “solamente un acto voluntario del libre albedrío de un acusado (como en una confesión o consentimiento para buscar) “rompe suficientemente la conexión entre una búsqueda ilegal y el descubrimiento de evidencia”²⁸⁷.

Cuando el caso llegó a la Corte Suprema de Estados Unidos en el año 2016 ésta decidió aplicar los criterios del caso *Brown vs. Illinois* para justificar la excepción de la conexión atenuada. Para la Corte Suprema la doctrina de la atenuación no se restringe a los actos voluntarios e independientes del acusado, la existencia de una orden de detención válida preexistente y no contaminada (la infracción de tráfico) era suficiente

²⁸⁶ *Utah vs. Strieff* (579 U.S. 2016)

²⁸⁷ *Texto original: “only a voluntary act of a defendant's free will (as in a confession or consent to search)” sufficiently breaks the connection between an illegal search and the discovery of evidence”* Estado de Utah vs. Strieff 2015 UT 2, 357 P. 3D 532.

para romper la conexión entre la detención ilegal y la incautación de pruebas. Los tres factores aplicados en el caso Brown refuerzan, a ojos de la Corte, esa hipótesis:

- 1- “La proximidad temporal” entre la parada, en principio ilegal, y la búsqueda de pruebas. Pese a que la Corte reconoce que este factor favorece a excluir las pruebas, por el escaso margen de tiempo transcurrido entre la parada a Strieff y el registro de sus pertencias, mantiene que esto por sí solo no es suficiente para mantener la conexión.
- 2- “La presencia de circunstancias intervenidas” (*the presence of intervening circumstances*) la existencia de una orden de detención por la infracción de tráfico desconectada totalmente con la parada por parte del detective hace que haya una atenuación suficiente entre la conducta ilícita y el descubrimiento de pruebas, por lo tanto, el arresto fue válido y consiguientemente las evidencias derivadas del mismo.
- 3- “El propósito y flagrancia de la mala conducta oficial” (*the purpose and flagrancy of the official misconduct*) la conducta del detective fue negligente pero sin llegar a constituir una violación intencional de la Cuarta Enmienda. Este último argumento se puede considerar una derivación de la Buena Fe policial que destierra por completo el fundamento disuasorio de la regla de exclusión, se convierte así en un razonamiento simple: si la regla de exclusión se fundamenta en que la conducta policial tiene que respetar los derechos reconocidos en las Enmiendas Constitucionales evitando la “mala praxis”, cuando existen dudas acerca de la legalidad en la obtención de pruebas la solución pasa por la aplicación de un método subjetivo basado en la intencionalidad o no de esa conducta policial por lo que, si no existe esa mala fe intencionada, el fundamento de la regla de exclusión desaparece y, por ende, la propia regla.

Y es que en los tiempos actuales parece que el efecto disuasorio que la regla pretende está más que superado con lo que la *Exclusionary Rule* se quedaría sin justificación posible y su existencia resultaría vacua, la doctrina norteamericana empieza a considerar seriamente su pérdida porque: “Además, la línea anterior de casos que limitan la aplicación de la norma excluyente desencadena un debate sobre el futuro de la norma y su posible abolición, especialmente cuando la justificación misma de la norma excluyente — su efecto disuasorio sobre la mala conducta policial — difícilmente puede ser probada empíricamente y se debate acaloradamente. De hecho,

algunos estudios demuestran que la imposición de tales reglas aumentó realmente las tasas de delincuencia”²⁸⁸.

Este breve repaso por la Jurisprudencia Norteamericana a través de las ideologías de los magistrados que han ocupado una posición en la Corte Suprema de Estados Unidos nos indica que la influencia de sus pensamientos, liberales vs. Conservadores, tiene un efecto manifiesto sobre el tratamiento de la *Exclusionary Rule* en sus decisiones y es un claro indicio de que su futuro es muy incierto dependiendo su supervivencia de qué mayoría ideológica se asiente en la propia Corte porque la regla de exclusión “Para los liberales, es un pilar de intimidad; es esencial proteger a las personas de la depredación por parte de la policía., para los conservadores, es una regla absurda a través de la cual los criminales manifiestamente peligrosos son dejados salir porque los tribunales prefieren tecnicismos a la verdad”²⁸⁹.

Por último, señalar que la primera y única vez que el Congreso de los Estados Unidos se ha pronunciado sobre la *Exclusionary Rule* fue a través de la promulgación de la *Exclusionary Rule Reform Act of 1995*. Bajo el nombre de *Admissibility of Evidence Obtained by Search or Seizure* se elaboró un Decreto que supuso un verdadero quebranto a la regla de exclusión ya que se configuró la doctrina de la buena fe como regla general de modo que a partir de entonces “lo realmente novedoso es encontrar sentencias en las que las pruebas ilícitamente obtenidas no son tenidas en cuenta por el juzgado”²⁹⁰

²⁸⁸ Texto original: “Moreover, the above line of cases limiting the application of the *Exclusionary Rule* triggered discussion about the future of the rule and its possible abolishment, especially when the very justification of the *Exclusionary Rule*—its deterrent effect on police misconduct—can hardly be empirically proven and is hotly debated. In fact, some studies show that the imposition of such rules actually increased crime rates”. GONG. Z. “Utah v. Strieff and the future of the exceptions to the *Exclusionary Rule*” en *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy Sidebar*. vol. 11, 2016, pág 300

²⁸⁹ Texto Original: “To liberals, it is a pillar of privacy; it is essential to protect individuals from predations on the part of the police. 3 To conservatives, it is an absurd rule through which manifestly dangerous criminals are let out because the courts prefer technicalities to truth” GUIDO. C: “The *Exclusionary Rule*” (2003). *Faculty Scholarship Series. Paper 2021*. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2021,. pág 111

²⁹⁰ MARTÍNEZ GARCÍA. E: “Eficacia de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal (a la luz de la STC 81/98 de 2 de abril)”. Universidad de Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch 2003, pág 70

II- PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA: DESDE BOYD VS. US (1886) HASTA UTHA VS STRIEFF (2016)

Los inicios de la *Exclusionary Rule* en Estados Unidos²⁹¹ va ligada a la influencia del *Common Law Europeo*, aplicando criterios del derecho inglés a la jurisprudencia estadounidense e influenciando a su Constitución. Dos hitos importantes surgidos al amparo de ese derecho van a marcar el origen de la prueba prohibida en Norteamérica: El primero es que la regla que regía entonces en Inglaterra hasta el s. XVIII de que los agentes estatales podían proceder a registros sin haber sido autorizados previamente por un juez con la finalidad de buscar pruebas que pudieran suponer una amenaza para el Estado, pudiendo detener a cualquier persona relacionada con el hecho, experimentó dos excepciones en sendos casos que se desmarcan de la regla antedicha; el caso *Wilkes vs. Wood* (1763)²⁹², inspirador de la Cuarta Enmienda a la Constitución estadounidense y *Entick vs. Carrington*²⁹³ (1765), inspirador de la Quinta Enmienda.

En el caso *Wilkes*: Jhon Wilkes era un periodista que escribió un artículo, en el que fustigaba al Rey inglés, que publicó en un folleto y distribuyó en el parlamento.

Lord Halifax, Secretario de Estado británico, emitió una orden de autorización general (*general warrants*) por la que se podía investigar sin límites a una persona, Wilkes fue detenido y encarcelado en la Torre de Londres. Wilkes impugnó la orden de autorización general alegando que atentaba contra su intimidad, su demanda fue estimada y se consideró que los registros efectuados en virtud de esa orden fueron ilegales condenando tanto a los oficiales encargados del registro domiciliario como a Lord Halifax a pagar una multa. Este caso inspiró el contenido de la Cuarta Enmienda (derecho a no sufrir registros desproporcionados sin orden emitida con “causa probable”).

²⁹¹ La *Exclusionary Rule* ha sido estudiada por numerosos autores desde su aparición, entre ellos, KAPLAN. J: “The limits of the Exclusionary Rule” en *Stanford Law Review*, vol. 26, nº5. 1974. MACDOUGALL. D.V: “Exclusionary Rule and its alternatives- remedies for Constitutional violations in Canada and the United States” en *Journal of Criminal Law. & Criminology* 608, vol. 76, nº 3. 1985. CALABRESI. G: “The Exclusionary Rule” en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 26, nº 1. 2003. TOMKOVICZ. J.J: “Constitutional Exclusion: The Rules, rights, and remedies that strike the balance between freedom and order”. Oxford University Press. 2011. THAMAN. S.C “Exclusionary rules in Comparative Law, Ed. Springer. 2013

²⁹² *Wilkes vs. Wood* 98 ER 489 (1763)

²⁹³ *Entick vs. Carrington* 95 ER 807 (1765)

En el caso *Entick* Lord Halifax emitió una orden general para confiscar documentos entre los que se encontraban documentos privados por lo que alegó vulneración del derecho a la intimidad, estimándose su demanda en los mismos términos que en el caso anterior. La Quinta Enmienda (prohíbe la autoincriminación forzada) se basó en este supuesto.

En ambos casos lo importante no es que se considerara a la *general warrants* como prueba prohibida como tal, ya que la exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales no se reconoce hasta el s. XX, a pesar de que la regla de exclusión probatoria no es habitual en la práctica judicial inglesa.

El modelo adversarial que rige en materia de prueba hace que ésta sea presentada por las partes, careciendo los tribunales de la posibilidad de actuar de oficio, esto hace que la investigación en una causa criminal esté en manos exclusivas de la policía. Así: “La Jurisprudencia inglesa ha preferido no entrometerse en la eficacia saneadora que su doctrina pueda tener sobre la práctica judicial, atendiendo prioritariamente a la fiabilidad de la prueba y llegando a convalidar actuaciones irregulares en aras de la buena fe de los funcionarios policiales actuantes, señal inequívoca de la admisión del *deterrent effect* como fundamento de la exclusión”²⁹⁴, a pesar de lo establecido en la *Police and Criminal Evidence Act* (PACE) promulgado en 1984 y en cuyo art. 78 se establece que “En todos los procesos el tribunal puede rechazar la admisión de prueba en la cual el fiscal proponga sustentar su caso, si le parece al tribunal que, en relación a todas las circunstancias, incluyendo aquellas en las que la prueba fue obtenida, la admisión de la prueba significaría tal efecto adverso a la equidad procesal, que el tribunal no podrá admitirla”²⁹⁵.

Lo que sí es importante es que supuso un serio revés a la discrecionalidad del Estado en cuanto a la permisión de investigaciones sin importar si se cometían

²⁹⁴ *R. v. Mason*, 3A11 E.R. 481 (1987) en el que el presunto culpable confesó después de que un policía afirmara falsamente disponer de huellas dactiloscópicas que comprometían su inocencia. *R. v. Trump*, 70 Cr. App. Rep.300 (C.A) (1979) comprobación alcoholimétrica de aire espirado, obtenida mediante intimidación); *Fox v. Chief o Gwent*, 2, A11 ER 392 HL (1985), comprobación alcoholimétrica de aire espirado obtenida de forma irregular. FERNÁNDEZ ENTRALGO. J, op. cit, pág 62. ARMENTA DEU. T, “La prueba ilícita (un estudio comparado)”. Ed. Marcial Pons. 2011..”, pág 27

²⁹⁵ “*In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it*”.

irregularidades para conseguir pruebas y la prioridad en cuanto al reconocimiento de la protección de los derechos.

Volviendo a la situación de Norteamérica, hay que hacer unas consideraciones previas: En primer lugar decir que la *Exclusionary Rule* se aplica únicamente en causas criminales como violación de la Cuarta, Quinta, Sexta (derecho a ser asistido por letrado) y la Decimocuarta Enmienda (derecho al debido proceso). En segundo lugar que el Tribunal Supremo Federal ha diferenciado, a la hora de aplicar la regla de exclusión, entre las violaciones del derecho a la intimidad en registros (Cuarta Enmienda) y las que son causadas como consecuencia de las violaciones de la “Advertencia Miranda” o “*Miranda Rights*” (tiene el derecho a guardar silencio, cualquier cosa que diga puede ser usada en su contra en un tribunal de justicia, tiene el derecho de contactar un abogado y si no puede pagar un abogado, se le proporcionará antes de cualquier interrogatorio, si así lo desea). Por último, hay que tener en cuenta que en EEUU existe una dualidad de jurisdicciones: La federal, cuya competencia se extiende a todo el territorio del país y la estatal, correspondiente a cada Estado y cuya competencia se ciñe a su territorio.

Esa coexistencia de jurisdicciones hace que la cuestión sobre la *Exclusionary Rule* se complicara debido a que en algunos Estados no era de aplicación porque las referencias de la Corte Suprema se limitaban al ámbito federal. Ese hecho supuso que se aplicara la *Silver platte doctrine* o *doctrina de la bandeja de plata* por la que las pruebas entregadas a los agentes federales por los agentes del estado serían válidas a pesar de que éstos las hubieran obtenido de forma ilícita (es evidente que las pruebas así obtenidas no podían haber sido conseguidas por los agentes federales porque entonces sí serían excluidas al entrar en juego la interpretación de la Corte Suprema sobre la regla de exclusión).

Para limitar los abusos y fraudes procesales de la *Silver platte doctrine* la Corte Suprema creó, a su vez, la *Cooperation doctrine* con el fin de suprimir la prueba ilegal si ésta había sido obtenida en virtud de la cooperación conjunta de agentes federales y estatales, desarrollada en el caso *Byars v.s US* en 1927²⁹⁶ cuya sentencia dejó claro que

²⁹⁶ *Byars v.s US* (273 U.S. 28, 1927). En este caso el Sr. Byars fue acusado de posesión de sellos fiscales falsos, los agentes estatales consiguieron esos sellos de forma ilegal porque, aunque la orden de registro era conforme con la ley estatal (Iowa) y la posesión de los mismos no era delito en ese Estado si no que la prohibición estaba contenida en la ley federal, en el registro domiciliario participó un agente federal sin autoridad alguna para realizarlo ya que era agente fiscal.

siempre que en la obtención ilícita de pruebas hubiera participado un agente federal la *Exclusionary Rule* debía de aplicarse aunque hubieran intervenido también agentes estatales, sin embargo también puso de manifiesto que si en esa obtención hubieran participado agentes estatales exclusivamente no sería de aplicación la regla de exclusión.

En definitiva, pese a la doctrina de la cooperación y las sentencias mencionadas, no había una uniformidad en la aplicación de la *Exclusionary Rule* a nivel de las jurisdicciones coexistentes hasta que en 1960 con el caso *Elkins v.s U.S*²⁹⁷ se abandona para siempre la *doctrina de la bandeja de plata*.

Hechas estas consideraciones retomamos el origen de la *Exclusionary Rule* para ahondar en su evolución que, en cierta manera, ha sido también la evolución de la prueba prohibida en el resto de países continentales cuyo reflejo proviene del espejo norteamericano.

El primer caso que supuso un cambio de rumbo en cuanto a la aplicación del principio del *common law* por el cual se admitían todas las pruebas sin importar la forma de su obtención y se reconoció la posibilidad de que las pruebas obtenidas vulnerando los derechos reconocidos en la IV y V enmienda de la Constitución norteamericana fueran excluidas vino de la mano del caso *Boyd vs. U.S.* En este caso la empresa E.A Boyd & Sons, una empresa importadora, fue acusada de importar 35 tarros de cristal en la ciudad de Nueva York evitando el pago del aranceles establecidos por la Ley de Aduanas de 1874 (lo curioso del caso es que en su inicio fue del ámbito civil pero el Tribunal Supremo interpretó que la Ley de Aduanas que permitía multas y penas de prisión era criminal).

En el Caso *Gambino v.s U.S* (275 U.S. 310, 1927) se volvió a desarrollar la “*cooperation doctrine*”, esta vez derrotando a la “*Silver platte*” ya que la Corte Suprema excluyó las pruebas obtenidas, sin existir causa probable, por agentes estatales en un registro a un automóvil en el que se incautaron bebidas alcohólicas (recuérdese que en aquella época estaba instaurada la prohibición de bebidas alcohólicas mediante la “Ley Seca”) y que posteriormente fueron entregadas a los agentes federales.

²⁹⁷ *Elkins v.s U.S* (364 U.S 206, 1960) En un registro domiciliario e busca de material pornográfico la policía estatal encontró grabaciones telefónicas por lo que ElKins fue condenado, cuando el caso llegó a la Corte Suprema ésta declaró que “las pruebas obtenidas por los oficiales del estado durante una búsqueda que, si es conducida por los oficiales federales, habrían violado la inmunidad del acusado de búsquedas irrazonables y las incautaciones bajo cuarta enmienda son inadmisibles”

Original: “*evidence obtained by state officers during a search which, if conducted by federal officers, would have violated the defendant's immunity from unreasonable searches and seizures under fourth amendment is inadmissible*”

Boyd fue acusado de cometer fraude, para probar su caso el abogado de la acusación necesitaba registrar un envío anterior de 29 tarros para lo cual el fiscal obtuvo una orden del juez de distrito para que se requiriera a Boyd y que éste emitiera una factura por esos 29 tarros especificando la cantidad y el coste de la mercancía, circunstancia que se aprovechó para añadir los 35 tarros de cristal que eran los que habían eludido el pago de aranceles. La consecuencia fue la condena de Boyd por fraude.

En la resolución de la apelación la Corte Suprema analizó la Ley de Aduanas y sus enmiendas (la de 1863 y la de 1867) en las que se recogía la posibilidad de entrar en cualquier local cuando había sospechas de fraude en los ingresos de los que se dedicaban a importaciones para recabar facturas y documentos y llegó a la conclusión de que ambas enmiendas “fueron adoptadas en un periodo de gran entusiasmo nacional (durante la guerra civil), cuando los poderes del gobierno fueron sometidos a una tensión severa para proteger la existencia nacional”²⁹⁸ y que por lo tanto esas enmiendas fueron sustituidas por la de 1874 haciendo una interpretación en la que concluye que ambas enmiendas a la Ley de Aduanas son contrarias a la Cuarta y Quinta Enmienda de la Constitución y termina diciendo: “...Irrumpir en una casa y abrir cajas y cajones son circunstancias agravantes; pero cualquier extracción forzosa y obligatoria del testimonio de un hombre, o de sus documentos privados para ser utilizados como prueba para inculparlo de cualquier delito, o para confiscarle sus bienes, está dentro de la condena de ese juicio. En este sentido, las enmiendas cuarta y quinta se encuentran casi entre sí”²⁹⁹. Es decir, haciendo una interpretación conjunta de la Cuarta y Quinta Enmienda de la Constitución norteamericana llegan a la conclusión de que esas conductas están prohibidas por las dos enmiendas.

A pesar de que la primera sentencia fue a finales del siglo XIX no fue hasta 1914 cuando se volvió a aplicar la regla de exclusión, caso *Weeks vs. US*³⁰⁰, siguiendo hasta entonces con la regla del *common law* según la cual las pruebas eran admisibles aunque

²⁹⁸ El texto original dice: “... was adopted at a period of great national excitement, when the powers of the government were subjected to a severe strain to protect the national existenceThe clauses of the constitution, to which it is contended that these laws are repugnant, are the fourth and fifth amendments...”

²⁹⁹ “...Breaking into a house and opening boxes and drawers are circumstances of aggravation; but any forcible and compulsory extortion of a man's own testimony, or of his private papers to be used as evidence to convict him of crime, or to forfeit his goods, is within the condemnation of that judgment. In this regard the fourth and fifth amendments run almost into each other”...

³⁰⁰ *Weeks vs. US* (232 U.S. 383, 1914)

no se hubieran respetados los derechos constitucionalmente reconocidos siempre y cuando el hecho delictivo supusiera una amenaza para el Estado.

Por lo que el caso *Weeks vs. US* supuso un avance en la aplicación de la doctrina sobre la *Exclusionary Rule* y sirvió como referente para posteriores casos judiciales. En ese caso el señor Weeks fue condenado por un delito que consistía en el transporte postal de billetes de lotería (prohibido en aquel entonces), los agentes federales y estatales habían realizado un registro domiciliario sin la correspondiente orden lo que determinó que la Corte Suprema, por unanimidad, rechazara la utilización de las pruebas obtenidas en ese registro por considerar que había violado la Cuarta Enmienda, en concreto la Corte dictaminó: “Si tales cartas y documentos privados ilícitamente obtenidos pudieran utilizarse como prueba en contra de un ciudadano acusado de un delito, la protección que otorga la Cuarta Enmienda quedaría reducida a una simple declaración de voluntades, carente de todo valor, con lo que podría ser eliminada de la Constitución”³⁰¹.

A partir de ese momento la *Exclusionary Rule* se abrió camino en la doctrina jurisprudencial y fue desarrollada y modificada a lo largo de las décadas posteriores apareciendo la *the fruit or the taint of the poisonous tree doctrine* (doctrina de los frutos del árbol envenenado) y las excepciones a la regla de exclusión. No obstante, la regla alcanzó su máximo afianzamiento en 1961 con el caso *Mapp vs. Ohio*³⁰² que marcó un punto de inflexión en la aplicación de la regla de exclusión al incorporar los derechos de los acusados reconocidos en las ocho primeras Enmiendas, y en particular la Cuarta, de la Constitución sobre la base de la Decimocuarta Enmienda (derecho al debido proceso, *Due Process Clause*) que dice: “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre

³⁰¹ “If letters and private documents can thus be seized and held and used in evidence against a citizen accused of an offense, the protection of the 4th Amendment, declaring his right to be secure against such searches and seizures, is of no value, and, so far as those thus placed are concerned, might as well be stricken from the Constitution”.

³⁰² *Mapp vs. Ohio* (367 U.S 643, 1961)

dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”³⁰³, lo que supuso una interpretación de que la *Exclusionary Rule* debía ser aplicada no solo en el ámbito federal sino también en el estatal.

En el caso *Mapp vs. Ohio* los agentes de Cleveland, por lo tanto del Estado de Ohio, se presentaron en el domicilio de la Sra. Mapp en busca de un hombre sospechoso de haber cometido un atentado con bomba solicitando permiso para entrar en la residencia para proceder a un registro a lo que la Sra. Mapp se negó exigiendo la correspondiente orden judicial. Al cabo de tres horas los agentes regresaron exhibiendo una supuesta orden de registro que fue arrebatada por la Sra. Mapp escondiéndola en su pecho ante lo cual los policías iniciaron un forcejeo con ella consiguiendo el papel de la supuesta orden y esposándola, a continuación procedieron al registro domiciliario sin encontrar indicios de la presencia del presunto terrorista, pero sí material pornográfico por el que se condenó a Miss Mapp.

Dicha condena se basó en un precedente judicial por el que se permitía que ante la obtención de pruebas ilícitas cada Estado reaccionara como creyera conveniente, es decir, que la aplicación de la *Exclusionary Rule* únicamente era para casos de ámbito federal no estatal. Ese precedente judicial era el caso *Wolf vs. People of State of Colorado*, en 1949, en el que se había discutido si la Cuarta Enmienda, en relación con la aplicación de la exclusión de la prueba ilícita, era de observación obligatoria para todos los Estados en virtud de la Decimocuarta Enmienda (el debido proceso) o si por el contrario solo era para los casos federales. En concreto la Corte Federal consideró que: “En consecuencia, en la instrucción de un proceso judicial en un tribunal estatal por un delito estatal, la Decimocuarta Enmienda no prohíbe la admisión de pruebas obtenidas mediante búsqueda y procedimientos irregulares”³⁰⁴, y que la regla de exclusión no sería impuesta entonces a los Estados como "un ingrediente esencial del derecho. "

³⁰³ “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

³⁰⁴ “therefore, that in a prosecution in a State court for a State crime the Fourteenth Amendment does not forbid the admission of evidence obtained by an unreasonable search and seizure”.

Volviendo al caso de Miss Mapp, la Corte concluyó que la regla de exclusión del proceso de las pruebas obtenidas ilícitamente (por violación de la Cuarta Enmienda) también era de aplicación a las jurisdicciones estatales por mor de la cláusula del debido proceso contenida en la Decimocuarta Enmienda y termina diciendo: “El innoble atajo a la convicción que deja abierta al estado tiende a destruir todo el sistema de restricciones constitucionales sobre las que se descansan las libertades del pueblo. habiendo reconocido una vez que el derecho a la intimidad encarnado en la cuarta enmienda es ejecutable contra los Estados, y que el derecho a estar seguro contra las invasiones groseras de la intimidad por los oficiales del estado es, por lo tanto, de origen constitucional, ya no podemos permitir ese derecho a seguir siendo una promesa vacía. Debido a que es ejecutable de la misma manera y al efecto como otros derechos básicos garantizados por la cláusula del debido proceso, ya no podemos permitir que sea revocable ante el capricho de cualquier oficial de policía que, en nombre de la propia aplicación de la ley, decide suspender su disfrute. Nuestra decisión, fundada sobre la razón y la verdad, da al individuo no más que lo que la Constitución le garantiza, al oficial de policía no menos que el que tiene derecho la aplicación de la ley honesta, y, a los tribunales, que la integridad judicial tan necesaria en la verdadera administración de la justicia”³⁰⁵.

Consolidada la regla de exclusión, los posteriores vaivenes de la jurisprudencia norteamericana han abarcado desde el máximo garantismo con la inclusión de la prueba refleja, a través de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, hasta las restricciones a su aplicación mediante las múltiples excepciones a ella.

Se analizan a continuación las sentencias más relevantes que han dado lugar a doctrinas diferentes en cuanto a la aplicabilidad de la *Exclusionary Rule* y que han servido de “musas” a los demás sistemas judiciales de los países continentales.

³⁰⁵ “*The ignoble shortcut to conviction left open to the State tends to destroy the entire system of constitutional restraints on which the liberties of the people rest. Having once recognized that the right to privacy embodied in the Fourth Amendment is enforceable against the States, and that the right to be secure against rude invasions of privacy by state officers is, therefore, constitutional in origin, we can no longer permit that right to remain an empty promise. Because it is enforceable in the same manner and to like effect as other basic rights secured by the Due Process Clause, we can no longer permit it to be revocable at the whim of any police officer who, in the name of law enforcement itself, chooses to suspend its enjoyment. Our decision, founded on reason and truth, gives to the individual no more than that which the Constitution guarantees him, to the police officer no less than that to which honest law enforcement is entitled, and, to the courts, that judicial integrity so necessary in the true administration of justice*”.

1- *THE FRUIT OR THE TAIN OF THE POISONOUS TREE DOCTRINE*

“Así, todo buen árbol da buenos frutos, pero el árbol malo da frutos malos. No puede el buen árbol dar malos frutos, ni el árbol malo dar frutos buenos. Todo árbol que no da buen fruto, es cortado y echaado en el fuego. Así que, por sus frutos los conoceréis”³⁰⁶. Se puede decir que esta cita bíblica describe a la perfección la teoría del fruto del árbol envenenado, constituida por una serie de reglas creadas por la jurisprudencia norteamericana que se podían resumir como: los frutos probatorios obtenidos a raíz de otros afectados por el veneno de la violación de derechos fundamentales, instaurado en el árbol de las investigaciones policiales, están igualmente afectados por la toxicidad de la profanación de los derechos, teniendo como consecuencia la no admisión y su expulsión del proceso.

La expresión acuñada en el caso *Nardone vs. United States* (1939)³⁰⁷ pero con origen en el caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* (1920)³⁰⁸, constituye el mayor garantismo aplicado a la *Exclusionary Rule* evitando que entren en el proceso pruebas contaminadas por aquellas otras obtenidas de forma ilícita. Sin embargo la aplicación de esta teoría no es ilimitada a todos los casos ni en todos los momentos, la teoría del fruto del árbol envenenado se basa en una deducción que parte de la hipótesis de la íntima relación que exista entre unas pruebas (las directas) y otras (las reflejas) a fin de que la extensión de la prohibición de valoración se produzca, es decir, tiene que existir una cadena de causas y efectos que demuestre la incontestable conexión entre ambas.

Si en un principio la teoría se aplicaba a la mayoría de los supuestos, tanto si se trataban de pruebas materiales como, por ejemplo, la obtención de estupefacientes hallados en un registro domiciliario ilegal, como si se trataba de pruebas de carácter intelectual como son las declaraciones o confesiones obtenidas después de ese registro ilegal, posteriormente la Corte Suprema de Estados Unidos empezó a valorar los pros y

³⁰⁶ Evangelio según San Mateo, (7: 17, 18, 19, 20)

³⁰⁷ *Nardone vs. United States* (308 U.S. 338, 1939). Vid. Cap. II de esta obra. Otras sentencias importantes que aplican la doctrina: *Wong Sun vs. U.S* (371 U.S. 471, 1963) o *Harrison vs. U.S* (329 U.S. 219, 1968)

³⁰⁸ *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* (251 U.S. 385, 1920)

los contras de la aplicación de la doctrina sobre la base de poner en la balanza qué era más importante: el coste social que implicaba su aplicación (por la opinión de la sociedad que consideraba que una gran cantidad de culpables resultaban absueltos debido a cuestiones procesales de difícil entendimiento) y la protección de las garantías de los derechos de esos presuntos culpables, es lo que se denomina el *balancing test* que tuvo su auge en la década de los años 60 y que supuso que la Corte Suprema empezase a fijar argumentos que debilitaran o excluyeran esa íntima relación entre las pruebas, esa relación de causalidad³⁰⁹.

Desde la sentencia del caso *Wong sun* en el que se argumentó que no toda prueba es “fruto del árbol envenenado” porque si no hubiera sido debido a la mala práctica de los funcionarios policiales esa prueba no se hubiera obtenido, se cuestionó si la prueba derivada de la obtenida ilícitamente tenía relación con ésta o si, por el contrario, se consiguió por medios distintos que pudieran romper esa relación de causalidad.

Generalmente la Corte Suprema ha otorgado más valor a la doctrina del fruto del árbol envenenado cuando la violación se hace sobre el ámbito de la Cuarta Enmienda (registro o detenciones ilegales) que cuando recae sobre la Quinta Enmienda (regla Miranda), ejemplo de ello lo tenemos en el caso *Brown* en el que se anularon las declaraciones prestadas posteriormente de haber realizado una detención ilegal.

En el caso *Oregón vs. Elstadt*³¹⁰ la Corte Suprema diferenció entre los supuestos en los que se violaba la Cuarta Enmienda, en los que se aplicaba ampliamente la regla de exclusión porque el fin de la Cuarta Enmienda es el de proteger a los ciudadanos de registros y detenciones ilegales, y aquellos otros en los que la violación de la Quinta Enmienda no tenía por qué implicar necesariamente la exclusión de la prueba ya que la función de esa Enmienda es la de proteger a las personas de sí mismas, de declaraciones realizadas sin las advertencias Miranda, lo que conlleva a la posibilidad de validar aquellas pruebas derivadas de confesiones realizadas voluntariamente y, por último y más reciente, en el caso *United States vs. Pantane*³¹¹, la Corte Suprema consideró que

³⁰⁹ En lo referente a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Estados Unidos, hay que tener en cuenta la influencia política que se refleja en las decisiones de los jueces según sean conservadores o liberales. En los años 60 la tendencia conservadora marcaba la pauta en la Corte Suprema y se fue consolidando en los años posteriores. Vid. Ap. 2.2.3 de este Capítulo

³¹⁰ *Oregón vs. Elstadt* (470 U.S. 298, 1985)

³¹¹ *United States vs. Pantane* (542 U.S. 630, 2004)

las pruebas materiales obtenidas después de unas declaraciones realizadas sin haber cumplido con la regla Miranda se podían admitir en el juicio.

La Corte Suprema también extendió la *fruit of the poisonous tree doctrine* a las violaciones de la Sexta Enmienda en el caso *U.S vs Wade*³¹², por no tener asistencia letrada en la rueda de reconocimiento

Curiosa y paradójicamente es en esta doctrina, que representa la mayor expresión del garantismo, donde se empieza a producir el menoscabo a la regla de exclusión, la utilización del *balancing test* llevó a la Corte Suprema a introducir excepciones en su aplicación a las pruebas derivadas de las primarias obtenidas de forma ilícita sobre la base de buscar causas que mermen la relación causal existente entre ambas.

2- LAS EXCEPCIONES

A partir de los años 70 la mayoría de los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos habían manifestado, de alguna forma en sus decisiones, el deseo de abolir la regla de exclusión o de restringir su aplicación³¹³. Varios motivos influyeron en el descontento judicial: por una parte, se empezó a cuestionar el efecto disuasorio de la

³¹² *U.S vs. Wade* (388 U.S. 218, 1967)

³¹³ Por ejemplo en el caso *Stone vs Powell* (428 U.S. 465, 466, 1976) El juez Burger manifestó que la regla de exclusión: “sugiero que, a pesar de sus graves deficiencias, no se debe permitir que la regla se desarrolle por completo. Con el paso del tiempo, ahora parece que la existencia continua de la regla, tal como se implementa actualmente, inhibe el desarrollo de alternativas racionales. La razón es bastante simple: los incentivos para desarrollar nuevos procedimientos o remedios seguirán siendo mínimos o inexistentes mientras la regla de exclusión se mantenga en su forma actual”. Texto original: “*I suggested that, despite its grave shortcomings, the rule need not be totally abandoned until some meaningful alternative could be developed to protect innocent persons aggrieved by police misconduct. With the passage of time, it now appears that the continued existence of the rule, as presently implemented, inhibits the development of rational alternatives. The reason is quite simple: Incentives for developing new procedures or remedies will remain minimal or nonexistent so long as the Exclusionary Rule is retained in its present form.*”

El juez White manifestó que había que modificar la regla para admitir la evidencia incautada ilegalmente pero de buena fe. En esa sentencia se manifestó que la cuestión fundamental de culpabilidad o inocencia debe ser la preocupación central en un proceso penal. Sin embargo, la aplicación de la regla de exclusión desvía el proceso de búsqueda de la verdad y con frecuencia libera a los culpables. Aunque se cree que la regla disuade a la actividad policial ilegal, en parte a través del respeto por los valores de la Cuarta Enmienda, la aplicación indiscriminada de la regla puede generar una falta de respeto por la ley y la administración de justicia. Otros jueces también manifestaron estar en contra de la regla como los jueces disidentes Blackmun y Black en el caso *Coolidge vs. New Hampshire* (403 U.S. 443, 1971) en el que consideraron que la Cuarta Enmienda no respalda la regla de exclusión. El juez Powell en *Scneckloth vs. Bustamonte* (412 U.S. 218, 261, 1973) o en el caso *Browm vs. Illinios* (422 U.S. 590, 1975) o el juez Rehnquist acompañado del juez Burger en el caso *California vs. Minjares* (443 U.S. 916, 1979).

regla, por el criterio de la Corte Suprema según el cual la regla de exclusión no es un derecho implícito en el marco de la Cuarta Enmienda, si no una creación jurisprudencial para prevenir futuras violaciones de la Constitución por parte de la policía, por otra parte, en la ponderación de intereses iba ganando la batalla la seguridad pública frente a la protección de los derechos de los inculpados reconocidos en las Enmiendas constitucionales.

En este ambiente de tensión se empezaron a introducir excepciones para paliar el efecto garantista de la doctrina del fruto del árbol envenenado si bien, por la consecuencia lógica de la “naturaleza relacional de la doctrina” el término excepciones resulta impropio al carecer o ser débil la relación causa y consecuencia ya que entonces no se aplicaría la regla de exclusión³¹⁴, pero el hecho es que la mayoría de la jurisprudencia norteamericana, al igual que la española, las denomina excepciones.

La extensión de la posibilidad de minorar el alcance de la regla de exclusión a las pruebas derivadas a través de las excepciones sigue siendo un recurso muy utilizado por la jurisprudencia norteamericana, hasta el punto de incidir en las pruebas directas con el surgir de nuevas reglas que atacan directamente a la *Exclusionary Rule*.

Dentro de las excepciones que afectan a las pruebas derivadas de la *Fruit of the poisonous tree doctrine* las más importantes son: La fuente independiente, el descubrimiento inevitable y la conexión atenuada.

Dentro de las excepciones que afectan a la prueba directa: La más importante es la excepción de la Buena fe, si bien existen otras que se han utilizado de una forma más limitada y sólo para momentos procesales específicos como la excepción de la tacha o la excepción del error inocuo.

³¹⁴ FIDALGO GALLARDO. C, op. cit, pág.438. Según este autor parece más propio la denominación de “cualificaciones” (citando a Dressler, J: “*Understanding criminal procedure*” Matthew Bender, New York NY, 1997, pág 352)

2.1- Excepciones que afectan a *The Fruit or the Taint of the Poisonous Tree Doctrine*

A- La Fuente Independiente (*Independent Source*)

La excepción de la fuente independiente fue la primera construcción que la Corte Suprema de los Estados Unidos para frenar la extensión de la *Exclusionary Rule* a las pruebas derivadas, la primera excepción que atenta contra la *fruit of the poisonous tree doctrine*, y la que sirvió de base para la elaboración de las posteriores que se consideran un perfeccionamiento de ésta. Su elaboración teórica es sencilla: Si las pruebas que se pretenden excluir por ser derivadas de las obtenidas con violación de derechos fundamentales derivan en realidad, siempre que se demuestre, de una fuente independiente de la originaria obtenida ilícitamente, podrán ser admitidas en el juicio. Es decir, si se demuestra que se rompe el nexo causal entre ellas, que ya no exista la relación causa-consecuencia, las pruebas derivadas serán consideradas válidas.

El primer atisbo de esta doctrina aparece en 1920 con la sentencia que, curiosamente, da origen a la teoría del fruto del árbol envenenado, *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* en el que se recogía que los datos que se obtienen a través de una violación de derechos constitucionales “esto no significa que los hechos así obtenidos se vuelvan sagrados e inaccesibles. Si el conocimiento de ellos se obtiene de una fuente independiente, puede probarse como cualquier otra”³¹⁵.

La sentencia que realmente introdujo esta excepción fue la del caso *Wong sun vs. United States* en el año 1963 y posteriormente en el caso *Brow vs Illinois*³¹⁶ en 1975.

³¹⁵ Texto original:“(...) *this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source, they may be proved like any others*”.

Los hechos, resumidamente, fueron los siguientes: La empresa mercantil *Silverthorne Lumber & Company* fue investigada por un delito federal, en el curso de las investigaciones la policía realizó un registro sin orden judicial a las oficinas de la compañía consiguiendo unos documentos incriminatorios. El acusado interpuso un recurso solicitando la devolución de los documentos alegando la doctrina de la regla de exclusión establecida en el precedente *Weeks vs. United States*, los documentos fueron devueltos pero el fiscal hizo fotocopias de los mismos para volver a iniciar una nueva investigación sobre los mismos hechos. En el juicio oral se requirió a la empresa para que aportase los documentos originales negándose ésta por lo que fue condenada por desacato.

La Corte Suprema anuló la sentencia por entender que se habían violado los derechos de la compañía lo que supuso, por una parte, que la regla de exclusión se aplicara también a las entidades mercantiles y, por otra, que se iniciara la doctrina del fruto del árbol envenenado

³¹⁶ Vid. Apto. I de este capítulo

La dificultad para discernir cuando una prueba era independiente de la obtenida ilícitamente por la atenuación del nexo causal, fue subsanada por la Corte Suprema en el caso *United States vs Ceccolini* en el que un agente de policía mientras hacía un descanso en una floristería se percató de la existencia de un sobre que contenía dinero y que sobresalía de la caja registradora, el agente examinó el contenido, sin que lo supiera la propietaria de la tienda, y se dio cuenta de que, además del dinero, había pruebas de apuestas ilegales de la policía (evidentemente esto suponía un registro ilegal). Preguntó a la dueña del establecimiento a quien pertenecía contestando ésta que a uno de los dependientes. El agente policial comunicó el hallazgo a la policía local y al FBI que cuatro meses después procedieron a interrogar a la propietaria de la floristería que condujo a que su empleado, el Sr. Ceccolini, fuera llevado ante el Gran Jurado donde declaró que nunca había realizado apuestas ilegales en la floristería, la propietaria manifestó que Ceccolini sí se había dedicado a la actividad ilegal por lo que fue condenado por un delito de perjurio.

En la Corte del distrito se consideró que la declaración realizada por la propietaria no se debió de haber tenido en cuenta puesto que era la consecuencia derivada de un registro ilegal (*fruit of the poisonous tree doctrine*), opinión ratificada por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito³¹⁷. Cuando el caso llegó a la Corte Suprema aplicó la excepción de la fuente independiente alegando que había transcurrido mucho tiempo entre el registro ilegal y la declaración de la propietaria, que el testimonio de la propietaria fue prestado de forma voluntaria, la falta de intencionalidad del agente de la policía en buscar las pruebas del hecho y que la exclusión de la declaración de la propietaria no tendría un efecto disuasorio que, en definitiva, es el fundamento de la regla de exclusión.

A raíz de esta sentencia se sentaron los criterios básicos en los que la Corte Suprema de los EEUU se basa para considerar que una prueba derivada es independiente de otra ilícitamente obtenida: El tiempo transcurrido entre la obtención de la prueba ilícita y la prueba lícita derivada, la gravedad de la violación realizada por

³¹⁷ Las Cortes de Apelaciones de Estados Unidos están organizadas en circuitos formados cada uno por varios distritos judiciales (en la actualidad existen 13 Cortes de Apelaciones, por ejemplo la Corte de apelaciones para el primer circuito abarca los distritos federales de De Mine, Massachusetts, Nuevo Hampshire, Puerto Rico y Rhode island) . Son tribunales intermedios del sistema judicial federal de los Estados Unidos que resuelven las apelaciones contra las decisiones de las Cortes de distrito (Tribunales de primera Instancia) y, en algunos casos, de otros tribunales federales, agencias y órganos administrativos.

el agente de policía, la voluntariedad de las declaraciones prestadas y la importancia y esencia de la prueba derivada.

Los tribunales estadounidenses, tanto la Corte Suprema como los tribunales inferiores, han seguido aplicando la excepción de la fuente independiente de manera sistemática para romper la doctrina del fruto del árbol envenado, a modo de ejemplo dos sentencias significativas: La primera la sentencia de la Corte de Apelaciones penales del Estado de Texas en el caso *Michael Fred Wehrenberg vs. The State of Texas*³¹⁸ en el año 2013, en este caso la Corte de Apelaciones dilucidaba acerca de si la excepción de la fuente independiente era aplicable al Estado de Texas.

Es muy interesante la distinción que realiza la sentencia entre la excepción de la fuente independiente y del descubrimiento inevitable aplicándose la primera cuando la evidencia fue obtenida posteriormente por medios legales e independientes y la segunda cuando la evidencia no se descubre realmente por medios legales sino que se basa en lo que podría haber ocurrido en lugar de lo que realmente sucedió. Es decir, la distinción se centra en la manera en la que se obtiene la prueba que se discute: en la doctrina de la fuente independiente se aplica a las incautaciones legales después de una instancia previa de legalidad, mientras que en el descubrimiento inevitable se aplica a situaciones que involucran la incautación ilegal de pruebas. Finalmente concluye que la excepción de la fuente independiente sí es aplicable en el Estado de Texas y la del descubrimiento inevitable no debido a la inconsistencia de esa doctrina.

La segunda, la sentencia de la Corte Suprema del Estado de Washington en el caso *State of Washington vs. Ray Leny Betancourth*³¹⁹, en el año 2018, en la que se cuestionaba si la excepción de la fuente independiente era aplicable en el Estado de Washington en virtud del art. 1. Secc. 7 de la Constitución del Estado que dice: “Ninguna persona será molestada en sus asuntos privados, o su hogar será invadido, sin

³¹⁸ *Michael Fred Wehrenberg vs. The State of Texas* NOS. PD-1702-12, PD-1703-12 (2013). Se refiere a un caso de fabricación de narcóticos en el que hubo un registro ilegal derivado de las informaciones de un confidente con una declaración de culpabilidad posterior realizada por el apelante en virtud de un acuerdo de negociación.

³¹⁹ *State of Washington vs. Ray Leny Betancourth*. 9428-1 (2018). Se trata de un caso de asesinato en el que el Tribunal superior admitió como prueba los resultados de las intervenciones telefónicas a teléfonos móviles del acusado que se realizaron bajo el manto de una orden judicial del juzgado de distrito nula por no ser el competente para emitirla, aunque después la policía obtuvo una nueva orden válida. El tribunal aplicó la "invalidity correction corollary" o corrección de invalidez a la teoría de la fuente independiente

autoridad de ley”³²⁰ concluyendo que se aplica la excepción de la fuente independiente para permitir la admisión de la evidencia que fue originalmente incautada mediante una búsqueda ilegal, siempre y cuando la evidencia obtenida legalmente fuera posterior

B- El Descubrimiento Inevitable (*The Inevitable Discovery Doctrine*)

La segunda excepción que se aplica a la *fruit of the poisonous tree doctrine* llegó de la mano de la sentencia del caso *Nix vs. Williams*, en 1984, un caso desagradable cuyos hechos interesa conocerlos a efectos de la mejor comprensión del razonamiento de esta excepción: En la víspera de navidad del año 1968 una niña de 10 años, que había acompañado a sus padres a ver un torneo de lucha, desapareció en el Condado de Des Moines (Estado de Iowa). Poco después de su desaparición un niño informó que vio al Sr. Nix salir de un edificio con un gran bulto envuelto en una manta del que sobresalían dos piernas. Posteriormente un abogado de Des Moines avisó a la policía de que había recibido una llamada del Sr. Nix desde Davenport (Iowa) y que le había aconsejado que se entregara a la policía de ese Condado, cosa que hizo. Posteriormente la policía de Des Moines acordaron viajar hasta Davenport y recoger al Sr. Nix comprometiéndose con el abogado a no interrogar al sospechoso durante el viaje de regreso, sin embargo durante el mismo uno de los oficiales comenzó a conversar con el sospechoso utilizando táctica de apelar al sentimiento del “discurso cristiano de entierro” (“Christian burial speech”) para conseguir que les ayudara a encontrar el cuerpo para que pudiera recibir un entierro cristiano decente. El Sr. Nix les dijo donde podrían encontrar diversos objetos y la manta y una vez halladas las evidencias les condujo hasta la alcantarilla donde estaba el cuerpo de la niña. Al mismo tiempo un gran número de voluntarios estaba realizando un registro minucioso en la zona, iniciado antes de que el acusado realizara las declaraciones que le incriminaban y terminó cuando guió a la policía al lugar donde había dejado el cuerpo de la víctima.

Nix fue condenado en primera instancia por asesinato a cadena perpetua, condena ratificada por la Corte Suprema del Estado de Iowa al rechazar la moción presentada por el acusado de anular las pruebas relacionadas con las declaraciones autoincriminatorias realizadas durante el viaje de vuelta a Des Moines. Sin embargo en

³²⁰ SECTION 7 INVASION OF PRIVATE AFFAIRS OR HOME PROHIBITED. No person shall be disturbed in his private affairs, or his home invaded, without authority of law.

un proceso posterior de habeas corpus ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, se consideró que las declaraciones prestadas por el Sr. Nix ante la policía habían violado la Quinta y la Sexta Enmienda, postura mantenida en la apelación posterior tanto por la Corte de Apelaciones del Octavo Circuito como por el Tribunal Supremo, aunque indicando que si en las declaraciones no se podían admitir en un nuevo juicio sí se podían utilizar las pruebas que consistían en el cadáver y las derivadas del lugar del crimen ya que se hubieran obtenido igualmente a pesar de que las declaraciones autoincriminatorias no se hubieran producido.

En el nuevo juicio se mantuvo esa postura y no se tuvieron en cuenta las declaraciones pero sí la localización del lugar donde se hallaba el cuerpo y el cadáver porque se hubieran encontrado igualmente debido a la búsqueda que estaban realizando los voluntarios. La Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó esa teoría y señaló que la acusación no tenía que demostrar la buena fe en la actuación policial porque eso podría suponer que se ocultaran en el juicio información importante que hubiera sido tenido en cuenta si la policía no hubiera tenido la conducta ilícita, cuestión que pondría a la policía en una situación peor que la que hubiera tenido si esa conducta no se hubiese realizado.

La Corte terminó por decir que la búsqueda realizada por los voluntarios hubiera llevado inevitablemente al descubrimiento del cuerpo de la niña. Esa es precisamente la argumentación de la excepción del descubrimiento inevitable: a pesar de que la conducta sea ilícita y viole derechos constitucionales las pruebas derivadas de esa ilicitud se hubieran obtenido igualmente.

En realidad la excepción del descubrimiento inevitable se aplica cuando la relación causal entre la prueba y la conducta ilegal no se corta, como sí ocurre con la excepción de la fuente independiente, porque la prueba se obtiene como consecuencia de esa conducta ilegal por lo que la conexión entre prueba y conducta “se vuelven irrelevantes una vez que se superpone el hipotético análisis “tendría”³²¹ y era aplicada frecuentemente por los tribunales inferiores, tanto estatales como federales que consideraban que la policía no tenía que probar la buena fe en su actuación, si no

³²¹ MACON, E.M.: “*Nix v. Williams: The Inevitable Discovery Exception to the Exclusionary Rule*” 19U. Rich. L. Rev.353 (1985), <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol19/iss2/9>, pág 369.

solamente que la prueba se había obtenido igualmente a pesar de la violación de los derechos³²².

Esta excepción ha sido duramente criticada por la imprecisión de su fundamento de hipótesis de lo que podría haber sucedido que no se corresponde con lo que realmente ha sucedido³²³, contiene una alta dosis de futurología que supedita los efectos procesales a las creencias subjetivas del juzgador acerca de situaciones basadas en posibilidades y no en hechos reales.

C- La Conexión Atenuada (*Purged Taint o Attenuated Connection Doctrine*)

Se puede decir que esta excepción ha sido utilizada como argumento de la de *Independent Source*. Se aplica cuando la conexión entre la prueba originaria y la derivada es tan atenuada que la inconstitucionalidad realizada sobre la primera se desvanece y, por lo tanto, no se expande a la segunda.

Sin embargo la diferencia entre la excepción de la fuente independiente y el nexo causal atenuado se centra en que, mientras que en la fuente independiente la justificación de la inaplicabilidad de la regla de exclusión se basa en la inexistencia de conexión entre una prueba y otra es decir, se considera que la prueba derivada ha sido obtenida por medios totalmente legales, en la conexión atenuada la relación entre ambas

³²² Ejemplo de ello está en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito en el caso *Sumer vs. United States* 138 F.2d 790 (2d.Cir. 1943) en el que los policías federales entraron ilegalmente en un apartamento donde se hacía alcohol ilegal y después de preguntar a la esposa del sospechoso por su paradero se produce la detención. La Corte de Apelaciones concluyó que la prueba obtenida era admisible si la policía demostraba que la prueba hubiera sido descubierta igualmente a pesar de la conducta ilegal

³²³ Claro ejemplo es la inaplicación de esta doctrina por parte de algunos tribunales de apelaciones como el caso mencionado *Michael Fred Wehrenberg vs. The State of Texas* en el que la Corte de Apelaciones del Estado de Texas incluso llega a declarar rotundamente que la excepción del descubrimiento inevitable no es aplicable en ese Estado debido a su inconsistencia, o la Corte Suprema de Florida en el caso *Miguel Rodríguez vs. State of Florida No. SC14-160 (2015)* en cuya decisión argumenta que no se puede aplicar la regla del descubrimiento inevitable a todos los casos en los que, a pesar de que la policía tuviera una causa probable para obtener una orden judicial que finalmente no obtuvo, “si la fiscalía pudiera beneficiarse de esta manera se fomentaría la mala conducta de la policía en lugar de disuadirse y la razón que hay detrás de la regla de exclusión sería eviscerada” Texto original: “*If the prosecution were allowed to benefit in this way, police misconduct would be encouraged instead of deterred, and the rationale behind the Exclusionary Rule would be eviscerated*”. O en la Corte de Apelaciones para el 4º Circuito en el asunto *United States v. Allen*, 159 F.3d 832, 834 (4th Cir. 1998) en el que se rechaza la aplicación de la excepción en aquellos casos en los que los hechos no demostraron una probabilidad de inevitabilidad en ausencia de mala fe por parte del gobierno.

existe y se mantiene pero es tan fina que se considera que la ilegalidad que afecta a la original no se proyecta sobre la que dimana de ella³²⁴.

Para proceder a su aplicación la Corte Suprema ha señalado que tienen que concurrir otros factores, los mismos criterios que se utilizan en la fuente independiente (tiempo, voluntariedad, gravedad de la infracción y la importancia de la prueba derivada) pero en esta excepción esos factores van a ser objeto de una ponderación para dilucidar qué interés prevalecerá, es lo que la jurisprudencia norteamericana define como *Balancing test* que es una prueba subjetiva con la que los tribunales sopesan intereses que están en conflicto (la libertad del acusado y la seguridad pública) para decidir cual de ellos prevalece y que en los últimos tiempos ha sido muy utilizada para negar la aplicación de la *Exclusionary Rule*³²⁵

La primera vez que se introdujo esta excepción fue, curiosamente, en la sentencia que utilizó por primera vez la expresión *the fruit or the taint of the poisonous tree doctrine*, *Nardone vs United States*, en el que se juzgaba un caso de contrabando de alcohol y en cuyas investigaciones se habían utilizado unas intervenciones telefónicas ilegales. La Corte Suprema señaló que la conexión causal entre las escuchas ilegales y la prueba de la fiscalía podía haberse atenuado tanto como para disipar la contaminación³²⁶.

³²⁴ Esa diferencia ha sido remarcada por AMBOS. K para quien lo relevante es la la extensión de la atenuación de la relación causal en función de varios factores, a pesar de reconocer que la excepción de la conexión atenuada integra también la de la fuente independiente ya que “el nexo causal no sólo se encuentra atenuado, sino incluso interrumpido” AMBOS. K: “La teoría del efecto extensivo en el Derecho Procesal Penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán” en *Revista General de Derecho Procesal*. nº 29. 2013. Iustel, pág 15. Para CAMPANER MUÑOZ. J la excepción del nexo causal atenuado lo que hace es fijar una escala de valores en relación a la causalidad que relaciona a las pruebas ilícitas con sus derivadas y para ejemplificarlo establece una escala del 0 al 10 donde el 0 se correspondería con la fuente independiente y el 10 con una conexión extrema. CAMPANER MUÑOZ. J: “La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba”. Ed. Thomson Reuters. Aranzadi. 2015, pág 87

³²⁵ El *Balancing test* es una de las justificaciones para la inaplicación de la regla de exclusión pero esa ponderación no se aplica única y exclusivamente a la regla de exclusión ni al Derecho Penal, decisiones importantes en materia de Derecho Civil se han tomado bajo esta técnica como la sentencia del caso *Murr vs Wisconsin 582 US- 2017* en el que la Corte Suprema de EEUU, en un caso acerca de la propiedad privada en el que los dueños pretendían vender unas tierras por separado en contra de las leyes del Estado, se debatía entre dos intereses en conflicto: Por un lado el derecho del individuo a conservar sus intereses y ejercer sus libertades en su propiedad y, por otro, el poder del gobierno para ajustar esos derechos para el bien público. La Corte utilizó el *Balancing test* y consideró que la parcela era única llegando a esta conclusión a través de estos factores: el tratamiento de la propiedad, en particular la forma de división según las leyes locales y estatales, las características físicas de la propiedad y el valor de la misma según la regulación que se impugnaba.

³²⁶ “As a matter of good sense, however, such connection may have become so attenuated as to dissipate the taint”. *Nardone vs United States 308 U.S 338 (1939)*

Como se señaló en la excepción de la fuente independiente, la conexión atenuada ha sido también el argumento utilizado en las sentencias relativas a los casos *Wong sun*, *Brow*, *Ceccolini* y, el más reciente, *Utah vs. Strieff*³²⁷ en el que para atenuar la conexión entre la detención ilegal y la obtención de pruebas se utilizó el Balancing test sobre las siguientes premisas: la existencia previa de una orden de detención previa emitida legalmente, los criterios de proximidad temporal y la conducta policial que, si bien fue negligente, no supuso una violación de la Cuarta Enmienda.

En definitiva, esta excepción es criticable desde el punto de vista de la pregunta: ¿Qué criterios de graduación de la atenuación en la conexión se exige para que sea aplicable? La respuesta no es fácil y depende de la subjetividad de los juzgadores, es cierto que la técnica del Balancing test puede ayudar en la argumentación pero entraríamos en otro debate acerca de los criterios más plausibles utilizados para la ponderación de los intereses que, también, dependen de cada caso en concreto.

2.2- Excepciones que afectan a la prueba directa

La Buena Fe (*The Good Faith Excepcion*)

Es la excepción más agresiva de todas puesto que se basa en el propio fundamento de la regla de exclusión en el derecho norteamericano, el *deterrent effect*, y que afecta a la prueba obtenida directamente. Afecta única y exclusivamente al ámbito de la Cuarta Enmienda, derecho a no sufrir registros ni incautaciones arbitrarias sin una orden judicial motivada y exhaustiva y consiste en admitir las pruebas ilícitas bajo la premisa de que, si el fundamento es disuadir la mala conducta policial, cuando el agente policial haya obtenido pruebas como resultado de haber realizado un registro cuya orden judicial era nula pero actuó en la creencia de que era válida (de buena fe) no se aplica la regla de exclusión sobre dichas pruebas ya que el efecto disuasorio no se cumple.

Los antecedentes se encuentran en la sentencia *United States v. Leon*³²⁸ en 1984 y reforzada una década después en la sentencia *Arizona vs. Evans* en el que un juez de

³²⁷ *Utah vs. Strieff* (579 U.S_ 2016)Vid. Cap. II. 1.3. E de esta obra

³²⁸ Vid. Apto. I. 1..3 C de este capítulo

paz emitió una orden de arresto contra Evans porque tenía acumuladas varias infracciones de tráfico, al cabo de unos días Evans compareció voluntariamente y el juez anuló la orden de arresto, sin embargo esa orden de anulación no llegó a la oficina del Sheriff por lo que constaba que el carné de conducir de Evans estaba en suspenso. Al poco tiempo un agente de policía observó que un conductor circulaba en sentido contrario en una calle de sentido único, cuando le pidió la documentación resultó ser Evans que advirtió al agente que tenía suspendida la licencia de conducir, situación corroborada por la central de policía a la que se añadió la orden de arresto que había sido anulada pero que no constaba como tal. Consecuencia de ello fue el arresto y el registro del vehículo en el que se encontraron bolsas de marihuana. Evans presentó mociones para anular las pruebas obtenidas derivadas de un arresto ilegal pero la Corte Suprema dictaminó que el error lo había cometido un funcionario de justicia, no un agente policial, por lo que la buena fe quedaba a salvo y el efecto disuasorio no tenía sentido en este caso.

El caso Evans supuso una ampliación de la excepción de la buena fe reconocida en el caso Leon porque distingue entre las conductas realizadas por los diversos funcionarios que intervienen en la justicia, policías y judiciales, permitiendo la violación por parte de los últimos justificándola en que el efecto disuasorio es sólo para los primeros.

También hay que tener en cuenta la diferencia que existía en cuanto a las órdenes de arresto entre un caso y otro: En Leon la orden inicial era válida aunque se anulara posteriormente y fue emitida por un juez, en Evans la orden era nula desde el principio, además el causante del error no era un oficial de policía, sino un funcionario de justicia, es decir, “el problema de Evans se produce en un error post-judicial, mientras que el problema de Leon se debe a un error judicial”³²⁹, lo que hace que la aplicación de la excepción en este último caso destruya aún más la propia regla de exclusión.

La Corte Suprema al restringir el efecto disuasorio únicamente a los miembros policiales no cumple con el mandato de la Cuarta Enmienda que no hace distinción alguna entre policías y miembros del poder judicial, todos forman parte de la Justicia en

³²⁹ “Chief Justice Rehnquist ignores the obvious distinction: the Evans problem occurs due to post-judicial error, while the Leon problem is due to judicial error”. Heather A. Jackson: “Arizona v. Evans: Expanding Exclusionary Rule Exceptions and Contracting Fourth Amendment Protection” en , 86 J. Crim. L. & Criminology 1201 (1995-1996)

general, por lo tanto el efecto disuasorio debería ser aplicado a todos para que no quedase comprometida la integridad de los tribunales al extender los efectos de la violación constitucional a los funcionarios judiciales que, paradójicamente, son los encargados de velar por el cumplimiento de la propia Constitución.

La Buena Fe ha sido el corolario de la desconstitucionalización de la *Exclusionary Rule* en los Estados Unidos, que ya había empezado con la sentencia del caso *Calandra*³³⁰ la Corte ha optado por afianzar el efecto disuasorio como fundamento de la propia regla dejando de lado la salvaguarda del contenido de los derechos violados, el límite al poder gubernamental que implica la aplicación de la regla de exclusión y, como consecuencia de ello, la integridad judicial.

2.3- Excepciones que afectan a momentos procesales específicos

Ya hemos dicho que lo normal es que la Corte Suprema decida las cuestiones sobre la *Exclusionary Rule* en el recurso extraordinario de Certiorari pero que también ha reconocido que si el efecto disuasorio es importante nada impide que se pueda resolver sobre la regla de exclusión en otras fases procesales³³¹.

Existen dos excepciones a la regla de exclusión que operan en fases procesales específicas en las que admiten las pruebas obtenidas con violación de derechos constitucionales, si bien con una finalidad concreta: *impeachment exception* (la excepción de tacha) y *harmless error exception* (la excepción del error inocuo)

A- Excepción de Tacha (*Impeachment Exception*)

A través de esta excepción se permite llevar al juicio oral las pruebas obtenidas ilegalmente pero a los solos efectos de desvirtuar la declaración del acusado cuando éste está mintiendo manifiestamente, es decir, cuando el acusado en declaraciones anteriores, bien sea ante el Gran Jurado o en los actos preparatorios del juicio realiza unas manifestaciones que luego no son ratificadas en el acto del juicio y se deduce, sin lugar a dudas, que está cometiendo perjurio con el fin de eludir la acción de la justicia.

³³⁰ Vid. Apto. 1.3. C de este capítulo

³³¹ Vid. Apto. 1.2 de este capítulo

Fue establecida en *Walder vs. Estados Unidos*³³² en un caso de un delito contra la salud pública. Durante la investigación se realizó un registro ilegal en el que la policía encontró drogas en posesión del acusado sin embargo, debido a la ilicitud del registro, ese material probatorio se excluyó previamente a la celebración del juicio. Cuando se celebró el juicio oral el acusado negó haber poseído, comprado o vendido narcóticos, resultando su declaración claramente contraria a lo que las evidencias demostraban. La Corte Suprema declaró que, en esos casos, el Fiscal podía utilizar las pruebas declaradas ilícitas a los solos efectos de desvirtuar la declaración del acusado para evitar que lo estipulado en la Cuarta Enmienda se pervirtiera. Si la Cuarta Enmienda permite la defensa de los ciudadanos frente a cualquier acusación que se dirija en su contra, permitiendo la negación de los hechos, no significa que permita también el perjurio.

En *James vs. Illinois*³³³, un caso de asesinato en el que los testigos habían identificado al autor del crimen como un hombre con el pelo largo y rojizo, sin embargo el día del juicio lo llevaba corto y negro. Un testigo de la defensa declaró que el día del crimen también lo llevaba corto y negro, la acusación presentó la declaración de James (originalmente excluída debido al arresto ilegal) en la que reconocía que su cabello el día del tiroteo era rojizo y largo, la Corte Suprema declaró que la *impeachment exception* queda limitada al testimonio del acusado, no siendo aplicable a los testigos.

En ese caso se aplicó la técnica de costos-beneficios en la que el costo suponía la aplicación de la excepción y la disminución del efecto disuasorio al aplicarse a los testigos y el beneficio la búsqueda de la verdad, técnica de ponderación que ha sido criticada por su escaso poder demostrativo, porque puede dar lugar a “resultados opuestos” basados únicamente en las “preferencias subjetivas de las circunstanciales mayorías en el seno de los Tribunales de Justicia”³³⁴ o porque el resultado de esa ponderación “reduciría el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la disuasión al mero lenguaje que expresa conclusiones sobre el alcance de los límites de la excepción, en lugar de un análisis empleado para razonar sobre esos límites”³³⁵

³³² *Walder vs. Estados Unidos* (347 U.S 62, 1954)

³³³ *James vs. Illinois* (493 U.S. 307, 1990).

³³⁴ FIDALGO GALLARDO, C, op. cit, pág. 457 n. p 247

³³⁵ KAINEN, J.L: “*Impeachment Exception to the Exclusionary Rules: Policies, Principles, and Politics, The*” en *44Stan. L. Rev.*1301 (1991-1992) Available at: http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/243

Nos encontramos, pues, ante otra de las excepciones en las que la subjetividad del juzgador es el factor predominante en la razón de su existencia y de su continuidad, haciendo peligrosamente quebrar la propia *Exclusionary Rule*.

B- Error Inocuo (*Harmless Error Exception*)

Otra de las excepciones que se refieren a un momento procesal determinado y bajo circunstancias específicas es la del error inocuo. Esta excepción se enfoca en la determinación objetiva de la culpabilidad en lugar de fijarse en cuestiones circundantes e inmateriales. Se aplica en la fase de apelación cuando la prueba obtenida con violación de derechos constitucionales no ha sido debidamente excluida en la primera instancia y la sentencia es condenatoria el tribunal de apelación no anulará dicha sentencia si considera que la prueba ilícita es irrelevante para llegar a la misma conclusión, es decir, si la evidencia obtenida violando la Constitución fue inofensiva, más allá de la duda razonable, la condena se mantendrá, al contrario de la norma general según la cual una condena es anulada si se han admitido pruebas obtenidas con violación de los derechos constitucionales.

Con esta excepción se pretendía disminuir la anulación de condenas por pequeños errores que tienen poca o ninguna probabilidad de haber cambiado el resultado del juicio, establecida en el caso *Chapman v. California*³³⁶ en un caso en el que la Sra. Chapman y el Sr. Le Roy fueron condenados a pena de muerte y a cadena perpetua respectivamente por los delitos de robo, secuestro y asesinato del propietario de un bar. El art. I, 13 de la Constitución del Estado de California permitía que “en cualquier caso penal, el hecho de que el acusado testifique o no, su falta de explicación o de negar con su testimonio cualquier evidencia o hecho en el caso en su contra puede ser comentado por el tribunal y por un abogado, y puede ser considerado por el tribunal o el jurado”³³⁷, optando los acusados por negarse a declarar y aprovechándose el fiscal de esa circunstancia y del derecho que le otorgaba la Constitución Estatal para inducir al jurado a determinar la culpabilidad basada en los silencios de los acusados. La Corte Suprema se enfrentó al problema de determinar si al aplicar la ley federal, la Quinta Enmienda de

³³⁶ *Chapman v. California* (386 U.S 18, 1967)

³³⁷ “ in any criminal case, whether the defendant testifies or not, his failure to explain or to deny by his testimony any evidence or facts in the case against him may be commented upon by the court and by counsel, and may be considered by the court or the jury.”

la Constitución de los Estados Unidos que otorga el derecho a no declarar contra sí mismo, se puede considerar que el error sufrido por la aplicación de la ley estatal fue inocuo, concluyendo que, debido a su silencio, los acusados se habían convertido en testigos irrefutables contra si mismos³³⁸

El problema de esta excepción se centraba en determinar a que tipos de errores se podía aplicar, así en *Arizona vs. Fulminante*³³⁹ se pretendió establecer unos criterios que sirvieran de orientación a la hora de optar entre la exclusión o no de las pruebas así obtenidas. Se establecieron dos tipos de errores³⁴⁰ que pueden afectar al ámbito de los derechos constitucionales procesales: los errores procesales que serían aquellos que se derivan de la “admisión improcedente de pruebas inconstitucionalmente obtenidas” pudiendo ser aislados y a los que se aplicaría la excepción del error inocuo y los errores estructurales que serían aquellos que no pueden ser aislados por lo que el proceso estaría viciado por entero y, por eso, el tribunal de apelación tendría que anular las condenas de forma automática sin entrar en el fondo del asunto.

Nos encontramos con otra de las excepciones en las que, de nuevo, la hipótesis es la que rige en la voluntariedad del juzgador, se basa en posibilidades de haber obtenido una condena igualmente y rompe con el principio de inmediación ya que el tribunal de apelación tendría que valorar de nuevo la prueba para comprobar si ésta afectó o no a la condena.

³³⁸ *“in short, that by their silence petitioners had served as irrefutable witnesses against themselves. And though the case in which this occurred presented a reasonably strong”*

³³⁹ *Arizona vs. Fulminante (499 U.S 279, 1991)*

³⁴⁰ FIDALGO GALLARDO. C, op. cit, pág 461

CAPÍTULO III- EL INICIO DEL FIN Y EL FUTURO DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN ESPAÑA

I- ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA: EL INICIO

La existencia de la prueba prohibida es un éxito conseguido sobre la base del respeto a los derechos fundamentales que constituyen la piedra angular de todo Estado de Derecho y que se ha suplido la búsqueda de la verdad sin límites por un sistema más garantista y protector. En definitiva, como reza la sentencia inglesa de 1846 decisoria del caso *Pearse vs Pearse*: “la admisión obligada de todas las pruebas pertinentes y útiles, al margen de cómo fueron obtenidas, quizá sea crucial para el conocimiento de la “verdad”, pero la verdad, como tantas otras cosas buenas, si son ansiadas desmedidamente, si son perseguidas demasiado ardientemente, pueden costar demasiado³⁴¹”.

1- CUESTIONES CONCEPTUALES Y TERMINOLÓGICAS

El problema de la prueba prohibida es uno de los más complejos y sobre los que más polémica se ha suscitado en cuanto al concepto y el alcance de su contenido como a la evolución posterior que ha ido sufriendo en lo que a las excepciones a esa regla de exclusión se refiere.

La primera referencia que consta de “prueba prohibida” la encontramos en el año 1903 de la mano del autor alemán BELING. E que la definía como: “...aquella que se obtiene con infracción de los derechos esenciales, entendiendo por obtención aquella labor tendente a allegar un resultado probatorio al proceso, esto es, tanto actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba como la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos básicos del

³⁴¹ FERNÁNDEZ ENTRALGO. J, op. cit, pág 103

ciudadano, aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial”.³⁴²

La doctrina ha discutido abundantemente acerca de la precisión terminológica de la regla contenida en el art. 11. 1 de la LOPJ que establece: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, se ha hablado de “prueba prohibida”, “prueba ilícita”, “prueba irregular”, “prueba inconstitucional”, “prueba nula” etc. La cuestión pudiera parecer baladí, ya que se han utilizado indistintamente esos términos para referirse a la misma realidad procesal, sin embargo bajo cada una de esas acepciones se encuentran diferencias sustanciales de contenido.

De entre esas terminologías las divergencias más importantes, en lo referente a la extensión de su contenido y a sus efectos, se encuentran en los vocablos “prueba prohibida”, “prueba ilícita” y “prueba irregular”.

Así para algunos autores “prueba prohibida” y “prueba ilícita” serían dos expresiones que no se excluyen entre sí si no que la primera sería consecuencia de la segunda, es decir, la “prueba ilícita” sería referida a las fuentes o medios de prueba mientras que “prueba prohibida” serían los efectos de esa ilicitud, mientras que la “prueba irregular” se referiría a la violación de preceptos que no gozan del carácter de constitucional dentro de los que regulan los derechos fundamentales³⁴³.

Otros autores diferencian únicamente la “prueba prohibida”, como aquella que vulnera las normas que regulan los derechos fundamentales y cuyas consecuencias serían la prohibición de su valoración, y la “prueba ilícita” correspondiendo a la violación de la legislación ordinaria y cuyo efecto sería la nulidad de actuaciones³⁴⁴.

Otros más realizan la distinción de las tres denominaciones considerando a la “prueba prohibida” como aquella que se refiere únicamente a la que se obtiene vulnerando los derechos fundamentales, y es a la que se refiere específicamente el art.

³⁴² BELING. E: “Die beweisverbote als grenzen der Wahrheitserforschung mi Strafprozess” (“Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal”) 1903, pág 30.

³⁴³ PICÓ Y JUNOY. J: “El derecho a la prueba...”, op. cit, pág 290. MIRANDA ESTAMPRES. M: “El concepto de prueba ilícita..”, op. cit, págs 30-31

³⁴⁴ GIMENO SENDRA. V. MORENO CATENA. V y CORTÉS DOMINGUEZ. V: “Derecho procesal penal. Ed. Cóllex, 1999. Págs 635-637. GIMENO SENDRA. V: “Derecho procesal penal” Ed. Aranzadi, 2012, págs 751-753

11.1 de la LOPJ. y la Jurisprudencia, teniendo como consecuencia que no sea tomada en consideración por los tribunales. “Prueba ilícita” sería la referida aquella que vulnera, bien en su obtención, bien en su práctica, infringiendo los requisitos que se exigen legalmente y que sí podría ser tomada en consideración por los tribunales, y, por último, la “prueba irregular” que es la que vulnera los preceptos de legalidad ordinaria quedando reservados sus efectos, según la jurisprudencia del TC, a la valoración por los tribunales ordinarios³⁴⁵.

Otra distinción más minuciosa considera que la “prueba irregular” sería aquella que para su obtención se ha infringido una norma reglamentaria. El efecto de esa violación sería que se pueden incorporar al proceso pero conllevaría responsabilidad para el autor.

“Prueba ilícita” aquella que viola alguna norma procesal o material durante su obtención y práctica y las consecuencias dependerían de la valoración del juez ordinario en cuanto a su admisión (prueba subsanable) o no (prueba nula).

“Prueba prohibida” sería exclusivamente la que se obtiene o practica vulnerando derechos fundamentales, conlleva su prohibición y nulidad y el efecto reflejo de la nulidad de aquellas otras que se hayan obtenido a partir de ella³⁴⁶.

Para otros autores la distinción entre “prueba ilícita” y “prueba prohibida” no existe y hablan únicamente de “prueba ilícita”³⁴⁷ y algunos la diferencian únicamente con la “prueba irregular” catalogando a la “prueba ilícita” como aquella referida exclusivamente a la que se obtiene violando derechos y libertades fundamentales y, por lo tanto, carecería de efecto alguno, y “prueba irregular” como una “ilicitud probatoria

³⁴⁵ PLANCHADELL GARGALLO. A: “La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial (Comentario a las sentencias que marcan el camino) Aranzadi, 2014, pág 36.

MUÑOZ CONDE. F, op. cit, pág 38.

³⁴⁶ EUSAMIO MAZAGATOS. E; SÁNCHEZ RUBIO. A, op. cit, pág 72

³⁴⁷ MONTERO AROCA. J, que se refiere a la licitud en la obtención de las fuentes de prueba al decir: “La licitud de la prueba se refiere, pues, normalmente a cómo la parte ha obtenido la fuente de prueba que luego pretende introducir en el proceso por un medio de prueba, y así es posible cuestionarse si, atendida la manera como la parte se ha hecho con esa fuente, cabe que luego la use en el proceso, realizando la actividad prevista legalmente para los medios, con el fin de intentar conformar la convicción judicial o para fijar un hecho”. MONTERO AROCA. J: “La prueba en el proceso...”, op. cit, pág 168

simplemente ordinaria”³⁴⁸ cuyos efectos serían que el hecho que se pretende acreditar por ese medio puede ser acreditado por otros siempre que éstos sean legítimos.

Por último hay autores que, dentro de la ilicitud de la prueba, realizan una clasificación en atención a su causa dando así una concepción amplia al concepto de prueba ilícita. Así MIRANDA ESTAMPRES. M³⁴⁹ las clasifica en:

- A. Pruebas expresamente prohibidas por la ley, aquellas en las que existe una normativa legal que recoge la prohibición. Dentro de éstas estarían:
 - 1- Prohibiciones legales de carácter general, referidas a un medio de prueba abstracto.
 - 2- Prohibiciones legales de carácter singular, referidas a un medio de prueba en concreto, y dentro de éstas:
 - a) Prohibiciones que afectan a la materia de investigación o de prueba, como son las materias reservadas o secretas, por ejemplo la prohibición de declarar contenida en el art. 417 de la LECrim referido a las declaraciones .
 - b) Prohibiciones que afectan a determinados métodos de investigación para la obtención de fuentes de prueba, como la recogida en el art. 439 de la LECrim.: “No se harán al testigo preguntas capciosas ni sugestivas, ni se empleará coacción, engaño, promesa ni artificio alguno para obligarle o inducirle a declarar en determinado sentido”.
 - c) Prohibiciones en concreto que afectan a algunos medios de prueba señalados en la propia LECrim, como son las excepciones a la obligación de prestar declaración en la prueba testifical³⁵⁰ o los testimonios de referencia, prohibición

³⁴⁸ RIVES SEVA. A. P: “La prueba en el proceso penal”. Ministerio de Justicia, centro de publicaciones. 1993, pág 225.

MIRANDA ESTAMPRES. M por su parte considera que prueba ilícita, sobre la base del principio de licitud de la prueba, es la que se obtiene o se practica vulnerando derechos fundamentales, que es la que constituye en realidad la regla de exclusión probatoria y su eficacia refleja, y prueba irregular, sobre la base del principio de legalidad de la prueba, es la que se obtiene, propone o practica infringiendo las normas procesales y a la que se aplica el régimen de nulidad de los actos procesales pudiendo suponer en algunos casos su subsanación o convalidación. MIRANDA ESTAMPRES. M: “La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones” en *Revista Catalana de Seguritat Pública*. Mayo 2010, págs 132-133. En el mismo sentido ARMENTA DEU. T, “La prueba ilícita (un estudio..)”, op. cit, pág 52

³⁴⁹ MIRANDA ESTAMPRES. M: “El concepto de prueba ilícita...”, op. cit, págs 29 y ss.

³⁵⁰ Por razón de la persona (Rey, Reina, consortes, Príncipe Heredero y Regentes, art. 411 LECrim. Miembros de la familia Real, Presidente y demás miembros del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado etc..., art. 412 del mismo texto procesal). Dispensa de obligación de declarar a los parientes del procesado, a su abogado respecto a los hechos narrados en calidad de defensor, lo traductores e intérpretes respecto de las conversaciones entre imputado, procesado o acusado y las

expresa recogida en el art. 813 de la LECrim respecto al delito de injurias y calumnias cometidos de palabra.

B. Pruebas irregulares o defectuosas, aquellas que en su obtención y/o práctica se ha infringido la ley que regula las formalidades del procedimiento.

C. Pruebas obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales.

Y otros como GIMENO SENDRA. V³⁵¹ hablan únicamente de Prueba Prohibida clasificando dentro de ésta las que se obtienen vulnerando garantías constitucionales, violando derechos fundamentales, mediante medios que están expresamente prohibidos por la Constitución (como las torturas) y aquellas que no autoriza la Constitución (v.g la coacción para obtener una declaración sobre la ideología o creencias).

En cuanto a la doctrina del TC y del TS no es unánime a la hora de decantarse por un término en concreto ya que ha utilizado indistintamente el término “Prueba prohibida” y el de “prueba ilícita” para referirse a una misma realidad: La prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales³⁵².

personas antedichas (art. 416 de la LECrim). Prohibición de obligar a declarar en función de su profesión (eclesiásticos y ministros de otros cultos sobre hechos de los que hubieran tenido conocimiento por razón de su profesión, funcionarios con deber de guardar secreto y los incapacitados, art. 417 LECrim)

³⁵¹ GIMENO SENDRA. V: “Manual de Derecho Procesal Penal” Ed.Cólex. 2010, pág 72

³⁵² La sentencia primigenia, alma máter de la cuestión, la STC 114/1984 de 29 de noviembre, utiliza el término “prueba ilícita” sin llegar a dar un concepto del mismo. Únicamente establece en su FJ 4: “Para nosotros, en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la «resistencia» frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica...» (STC 25/1981, de 14 de julio, fundamento jurídico 5). Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado-violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales”.

Ejemplo de utilización del término “prueba prohibida” para referirse a la misma realidad que “prueba ilícita” recogida en la STC 114/1984 de 29 de noviembre está en la STC 50/2000 de 28 de febrero en cuyo FJ 2 dice: “...la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24. 2 y 14 CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE)”.

Más significativa es la STS 422/2017 de 13 de junio en la que a lo largo de toda su fundamentación jurídica al hablar de las pruebas originarias y las pruebas derivadas utiliza indistintamente los términos “ilícita” y “prohibida”.

Más interés despierta la graduación que realiza el TS de las “irregularidades” referidas a las actuaciones judiciales que suponen injerencias en los derechos fundamentales (v.g: intervenciones telefónicas, registros domiciliarios, etc.) en las que distingue entre aquellas que son nulas por resultar inconstitucionales ya que afectan al contenido esencial de un derecho fundamental (ilicitud constitucional que dará lugar a la nulidad de las diligencias y a lo que de ellas se derive por aplicación del art. 11.1 de la LOPJ) y aquellas otras en las que se produce una ilicitud procesal que será graduable en función de la afectación al derecho de defensa³⁵³.

En resumen, el TS diferencia “prueba ilícita”, referida exclusivamente a aquella que viola un derecho fundamental, de “prueba irregular”, como la que vulnera la legalidad ordinaria, sobre la base de los efectos de una y otra en función de su afectación a las pruebas derivadas de las mismas, así: “La diferencia entre la prueba ilícita y la prueba irregular, por tanto, habrá de advertirse en un segundo grado, en relación con las pruebas relacionadas con ellas, ya que para las derivadas de las pruebas ilícitas se impone asimismo la ineficacia como lógica consecuencia de una fuente de contaminación -la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado (*the tainted fruit*) o, genéricamente, doctrina de los “frutos del árbol envenenado (*The fruit o the poisonous tree doctrine*), mientras que para las derivadas de las simplemente irregulares no se produce tal radical consecuencia, en base a lo dispuesto en el art. 242 LOPJ . (SSTS. 22.4.99, 23.6.99) y nada obsta a que la convicción se obtenga por otros acreditamientos en la materia”³⁵⁴

Por último hay que señalar que la Jurisprudencia del TS se ha decantado mayoritariamente por un concepto restringido de prueba prohibida o ilícita entendiendo como tal el que se refiere exclusivamente a la obtención de pruebas con vulneración de

³⁵³ STS 817/2012 de 23 de octubre, FJ 2 en el que se expone: “en el análisis de las medidas judiciales que supongan injerencia a derechos, las posibles irregularidades que pueden concurrir pueden ser graduadas, existiendo actuaciones que pueden ser tenidas por nulas por inconstitucionales, porque afectan al contenido esencial de un derecho fundamental, en tanto que otras son ilícitas, nulas e irregulares. Las irregularidades pueden ser objeto de graduación en función de la causación de indefensión y por la afectación a derecho al proceso debido. En términos generales la ilicitud procesal dará lugar a la irregularidad, a su vez, graduable en función de la afectación del derecho de defensa, en tanto que la ilicitud constitucional, dará lugar a la nulidad de la diligencias extendiendo sus efectos a las diligencias causalmente relacionadas por aplicación del art. 11.1 LOPJ , analizando, en cada caso, la conexión entre la diligencia nula, por inconstitucional y las subsiguientes.” En el mismo sentido la STS 589/2016 de 5 de julio, FJ Único.

³⁵⁴ STS 8547/2009 de 30 de diciembre, FJ 2. STS 542/2010 de 27 de enero, FJ 1. STS 355/2011 de 10 de febrero, FJ 2

derechos fundamentales y, más escasamente, por un concepto amplio en el que también se incluyen las violaciones a la legislación procesal ordinaria³⁵⁵.

En cuanto a la legislación vigente la única norma que recoge el término “ilicitud de la prueba”, como aquella en la que en la obtención u origen se hubieran vulnerado derechos fundamentales, es la LEC en su art. 287.1 en el que se regula el procedimiento para el supuesto de que una prueba ilícita hubiera sido admitida por el tribunal. Ni siquiera en el propio art. 11.1 de la LOPJ se menciona terminología alguna para referirse a ella, simplemente se limita a exponer una prohibición.

Sin embargo, en los intentos recientes de modificación de las leyes procesales penales, a los que se hará alusión más detenidamente en otro capítulo de esta obra, sí se recogen específicamente las denominaciones “ilícita” y “prohibida”, al igual que la jurisprudencia, para referirse a la misma cuestión. Así en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 sí se recogía un concepto en el art. 128 que rezaba: “Pruebas de origen ilícito. No surtirán efecto en el proceso penal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos y libertades fundamentales”.

De manera expresa el proyecto de Código Procesal Penal de 2013 en su art. 13 recogía la “Exclusión de la prueba prohibida” haciendo alusión a las fuentes de prueba, a su práctica y a su valoración: “No surtirán efecto en el proceso las informaciones o fuentes de prueba obtenidas directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales o las pruebas en cuya práctica se lesionen los mismos. Tales pruebas serán de valoración prohibida”.

A efectos de este trabajo se utiliza el término “prueba prohibida” por considerar que es el que mejor define la realidad contenida en el art. 11.1 de la LOPJ al establecer una prohibición concreta de valoración de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales en las palabras: “no surtirán efectos”.

Concepto restringido exclusivamente a los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española, aquellos contenidos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo, del Título I y con la doble vertiente de esos derechos apuntada por el máximo intérprete

³⁵⁵ STS 7033/1991 de 16 de diciembre FJ 1: “por prueba legítimamente obtenida, no debe entenderse tan sólo aquella que se acomode a las exigencias constitucionales de no atentar, directa o indirectamente, contra los derechos fundamentales, sino también aquella que cumple las concretas garantías que para su práctica establece la legalidad procesal ordinaria”

de nuestra Constitución en una sentencia anterior a la sentencia primaria de 1984, la STC 25/1981 en cuyo FJ 5 establece: “En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”.

Es precisamente la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos por una parte y por otra el Estado de Derecho el fundamento de la regla de exclusión probatoria, de la prueba prohibida.

2- EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL

La regla de exclusión probatoria fue introducida en nuestro ordenamiento sobre la base de la conocida sentencia del TC 114/1984 de 29 de noviembre que consiguió que el legislador la incorporara en nuestra LOPJ en su art. 11.1 estableciendo: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”³⁵⁶.

En dicha sentencia el TC hace un recorrido por la Doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos, seguida por la jurisprudencia de los tribunales estatales norteamericanos, en la que, tanto la *Exclusionary Rule* o regla de exclusión como sus excepciones, juegan un papel fundamental a la hora de servir de modelo y ejemplo al resto de sistemas procesales continentales.

Es precisamente en esa jurisprudencia norteamericana donde se encuentra el origen de la prohibición de utilizar las pruebas obtenidas con violación de derechos

³⁵⁶ El art. 11.1 de la LOPJ recoge la primera realidad legislativa sobre la prueba prohibida en el año 1985, sin embargo el antecedente se debe a los profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas en el Proyecto de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1974 que en su art. 549 exponía: “El tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleando procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona”. PICÓ Y JUNOY, J: “El derecho a la prueba..”, op. cit, pág 283. MIRANDA ESTAMPRES. M: “El concepto de prueba ilícita...”, op. cit, pág 17

fundamentales (si bien algún autor considera que el antecedente remoto proviene del Derecho Romano en la regla contenida en el Digesto según la cual se prohibía servirse de los resultados obtenidos del comportamiento ilícito)³⁵⁷ y, a pesar de la influencia del sistema norteamericano en el resto de ordenamientos, el fundamento de la existencia de la regla de exclusión no es el mismo en uno y en otros como tampoco el igual la prevalencia de los intereses en conflicto que suscita el tema de la prueba prohibida: por un lado la seguridad pública y, por lo tanto, la búsqueda de la verdad material sin importar los medios y formas, y por el otro la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos³⁵⁸. Esa tensión entre intereses quedó muy bien reflejada en la opinión disidente del juez Oliver Wendell Holmes en la sentencia del caso *Olmstead vs. US*³⁵⁹ de 1928 en el que se realizó una intervención telefónica sin autorización judicial utilizada como prueba de cargo principal en un caso de tráfico de alcohol condenando a los autores, el juez discrepante consideró que era necesario elegir entre dos cosas igualmente deseables, pero que, por desgracia, no son compatibles. “Es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el Gobierno no se ponga al mismo nivel que aquellos, y pague por otros delitos, ni que éstos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente... Es necesario elegir, y, por lo que a mí concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la Justicia, antes que el Gobierno desempeñe un papel indigno”³⁶⁰

Mientras que en los países europeos se vinculó en un principio la prueba prohibida a los límites que deben existir en la búsqueda de la verdad entre los que se encuentra el respeto a los derechos fundamentales individuales, en Estados Unidos la doctrina sobre la *Exclusionary Rule* se centra en el efecto disuasorio que ésta desprende para evitar los abusos cometidos por las autoridades en el ejercicio de sus funciones, el denominado “*deterrent effect*”.

³⁵⁷ GÁLVEZ MUÑOZ. L, op. cit, pág 50

³⁵⁸ Así lo destacó la sentencia mencionada en cuyo FJ 3 estableció que: “Por lo general, los países de «common law» hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del Derecho norteamericano, en el que se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien sólo cuando la actuación irregular y contraria a un Derecho Constitucional se realizó por un agente público”.

³⁵⁹ *Olmstead vs. US* (277 U.S 438, 1928)

³⁶⁰ FERNÁNDEZ ENTRALGO. J, op. cit, págs. 71,72.

En España el origen de la exclusión probatoria es de naturaleza constitucional por dos motivos fundamentalmente: El primero por haber sido creada por el máximo intérprete de nuestra Constitución antes que por el propio legislador y el segundo porque atañe a una de las materias más importantes y protegidas de la Constitución: Los derechos fundamentales. Así la sentencia pionera del TC, 114/1984 de 29 de noviembre señalaba en su FJ 2 que “...lo cierto es que no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos”. Opinión que ha sido seguida por la mayoría de la doctrina que consideran que el reconocimiento de la regla exclusión probatoria se articula como “una garantía procesal de origen constitucional incardinada en el contenido nuclear del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)”³⁶¹ y cuyas consecuencias se traducen en que a la regla de exclusión se la dota de estabilidad legislativa (la propia de la Constitución), se tiene que interpretar de acuerdo con la Jurisprudencia del TC en la materia y que su no observancia implica la violación por parte de los jueces del derecho a un proceso con todas las garantías, del derecho a la igualdad de partes en el proceso y del derecho a la presunción de inocencia en algunos supuestos ³⁶²(cuando la condena se basa exclusivamente en la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales).

³⁶¹ HERNÁNDEZ GARCÍA. M: “99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal”. (Ob. Col) HERNÁNDEZ GARCÍA. M (Direc); BACH FABREGÓ. R; CAMARENA GRAU. S Consejo General del Poder Judicial. Manuales de formación continuada n°51. 2009, pág 519. Para ASECIO MELLADO. J.M el fundamento de la regla de exclusión probatoria derivado de “la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, no puede ser otro, que la preservación del contenido esencial de cada derecho afectado por la injerencia ilegítima, pues la eficacia del derecho exige, aunque paralelamente se verifiquen otros fines accesorios de carácter disuasorio, la ineficacia de las pruebas obtenidas mediante agresiones inconstitucionales” ASECIO MELLADO. J.M: “Problemas Actuales de la Justicia Penal. Secreto profesional, coop. Jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales”” (Ob. Col). GONZÁLEZ-CUELLAR, N (Dir), SANZ HERMIDA, A.M (Coord), ORTIZ PRADILLO, J.C. Ed. Còlex 2013, pág 220

³⁶²GÁLVEZ MUÑOZ. L, op. cit, pág 46. En el mismo sentido la Jurisprudencia del TC: STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; , SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 9; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 15; 59/2005, de 15 de marzo, FJ 5; y 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 9 y STC 107/2012, de 21 de mayo FJ 6.

Sin embargo, la propia Jurisprudencia del TC y del TS ha ido haciéndose eco de la norteamericana y si en un primer momento se constitucionalizó la regla de exclusión probatoria poco a poco se ha decantado por incluir también el efecto disuasorio propio del sistema norteamericano, eso sí, sin dejar el espíritu garantista de sus orígenes. Prueba de ello es la STC 81/1998 de 2 de abril que instauró una de las excepciones a la prueba prohibida, la llamada “conexión de antijuridicidad”, siguiendo la senda de la doctrina norteamericana y considerando el efecto disuasorio como uno de los aspectos fundamentales para argumentar la excepción a la exclusión probatoria³⁶³.

Por su parte el TS ha sido más explícito a la hora de hablar del “*deterrent effect*” aplicado a la fundamentación de la regla de exclusión en nuestro país, como la STS 2943/1990 de 29 de marzo que justifica la necesidad de la existencia de la prueba prohibida en la incorporación de los derechos fundamentales a la vida pública formando así un elemento esencial del ordenamiento jurídico y, por ello, protegido “...en aras de conseguir el imprescindible efecto disuasorio en sus posibles infractores, a fin de impedir que una violación de este tenor pueda en definitiva prevalecer...” FJ 2.³⁶⁴

Más clara y contundente es la STS 116/2017 de 23 de febrero en cuyo FJ 7 argumenta: “De lo que se trata es de limitar el afán del estado en la persecución de los ilícitos penales, de apartar a los agentes de la autoridad de la tentación de valerse de medios de prueba que, por su alto grado de injerencia en el círculo de los derechos fundamentales, están sometidos a unas garantías constitucionales concebidas para la salvaguardia de aquéllos. Se ha dicho con acierto que la proscripción de la prueba ilícita se explica por el efecto disuasorio que para el aparato oficial del estado representa tener plena conciencia de que nunca podrá valerse de pruebas obtenidas con vulneración de las reglas constitucionales en juego”.

³⁶³ La sentencia mencionada hace referencia a un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia condenatoria por un delito contra la salud pública sobre la base de unas pruebas derivadas de una prueba ilícitamente obtenida (unas intervenciones telefónicas). El TC argumenta y justifica la teoría de la excepción de la conexión de antijuridicidad en el efecto disuasorio, en su FJ 6 al decir: “Ese dato excluye tanto la intencionalidad como la negligencia grave y nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”.

³⁶⁴ En el mismo sentido la STS 7528/2003 de 26 de noviembre, FJ 10, STS 213/2013 de 26 de enero en cuyo FJ 4 hace referencia tanto a la garantía de los derechos fundamentales como al efecto disuasorio: “La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo, o indirecto, pretende, en primer lugar, otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, en segundo lugar, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los responsables de la investigación criminal”.

Y es que nuestros tribunales, poco a poco, han pasado a tener como punto de referencia a los Estados Unidos y su jurisprudencia³⁶⁵

El efecto disuasorio se podría argumentar sobre la base de dos premisas:³⁶⁶ Por una parte que la policía entienda que los esfuerzos realizados en la búsqueda de pruebas no servirían para nada y por otra que a través de la información sobre la ineficacia de la obtención de pruebas de manera ilícita puede llegar, a largo plazo, a conseguir que las prácticas policiales sean las correctas.

Sin embargo, que la regla de exclusión se justifique en ese efecto disuasorio conlleva a que se desvirtúe la propia realidad garantista de los derechos fundamentales y, por consiguiente, lo dispuesto en el art. 10.1 de la CE negándoles su calidad de “inviolables” y de la posición de preferencia que ocupan en el ordenamiento jurídico al quedar relegados y suplantados en prioridad por ese efecto disuasorio.

A mayor abundamiento, supondría, al igual que sucede en EEUU, que a las pruebas prohibidas obtenidas por los particulares no se les aplicaría la regla de exclusión ya que el efecto disuasorio está indicado para el poder estatal no para los ciudadanos, ni tampoco a las obtenidas fruto de la colaboración policial por agentes extranjeros a los que no sería de aplicación la legislación española. Más aún, puede dar lugar a la desaparición de la propia regla de exclusión al permitir excepciones, como la de la buena fe, que se convertirían en la regla general de aplicación a los supuestos de existencia de prueba prohibida.

En el modelo norteamericano, a pesar de que las primeras sentencias relacionaron la regla de exclusión con la Cuarta (derecho a que no se realicen registros e incautaciones irrazonables y a que no se puedan emitir órdenes de registro sin “causa

³⁶⁵ Ejemplo de la influencia norteamericana se observa a lo largo de la historia jurisprudencial en la que la prueba prohibida ha sido matizada con las excepciones a su aplicación, doctrina elaborada por la Corte Suprema de los EEUU, y que se reconoce en opiniones como la manifestada en un voto particular del presidente D. Pedro Cruz Villalón a la STC 49/1999 de 5 de abril, recaída en diversos recursos de amparo acumulados, en la que incluso cuestiona la aplicación de la propia regla de exclusión y en su motivo 5, justificativo de la discrepancia, dice:

“...Debe recordarse que a partir de aquí hemos abandonado el terreno del art. 10.2 CE. y, en particular del CEDH., que considera éste un problema a resolver básicamente por los ordenamientos nacionales (caso Schenk, de 12 de julio de 1988, fundamento 46); de ahí que, en el caso Valenzuela, la Comisión Europea y el TEDH. después, inadmitiesen la demanda en todo lo relativo a la repercusión de la vulneración del secreto de las comunicaciones en la Sentencia condenatoria. El punto de referencia implícito pasa a ser ahora los Estados Unidos, es decir, el del simple Derecho Comparado, y las categorías elaboradas por su Tribunal Supremo desde principios de este siglo, subsiguientemente muy matizadas”.

³⁶⁶ FERNÁNDEZ ENTRALGO. J, op. cit, pág 79

probable”)³⁶⁷ y Quinta enmienda de la Constitución de EEUU (derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a jurado en los delitos más graves y el principio de “*non bis in idem*”)³⁶⁸ en el caso *Boyd vs. United States*³⁶⁹ en 1886 en el que se aplica la regla de exclusión sobre la base de una interpretación conjunta de ambas enmiendas y el caso *Weeks vs. United States*³⁷⁰ en 1914 que se basó exclusivamente en la Cuarta Enmienda, posteriormente la jurisprudencia norteamericana se decantó por el efecto disuasorio, como ejemplos:

En 1974, en el caso *United States vs. Calandra*³⁷¹, la Corte Suprema decidió que la regla de exclusión no se aplicaría a los supuestos en los que se enjuiciara ante el gran jurado por ser éste de vital importancia y porque el daño que sufrirían las funciones de esta institución sería mayor que el beneficio de aplicar la regla de exclusión ya que interferiría en el cumplimiento de los deberes del jurado, es decir, si el coste social es superior al beneficio de la aplicación de la regla de exclusión ésta se no se llegaría a producir. En dicha sentencia se estableció que el primer objetivo de la regla, si no el único, es “impedir la futura conducta ilegal de la policía”... “En suma, la regla es un

³⁶⁷ Literalmente el texto de la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos dice así: “El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”.

El texto original es el siguiente: “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*”.

³⁶⁸ La Quinta enmienda proclama: “Ninguna persona será detenida para que responda por un delito punible con la pena de muerte, u otro delito infame, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la Milicia, cuando estas estén en servicio activo en tiempo de Guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad, o la propiedad sin el debido proceso judicial; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa”.

Texto original: “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”.

³⁶⁹ *Boyd vs. United States* (116 U.S 616, 1886)

³⁷⁰ *Weeks vs. United States* (232 U.S 383, 1914)

³⁷¹ *United States vs. Calandra* (414 U.S 338, 1974)

remedio judicial creado destinado a salvaguardar los derechos de la cuarta enmienda generalmente a través de su efecto disuasivo, más que un derecho constitucional de la parte agraviada³⁷²."

En el caso *United States vs. Janis, 1976*³⁷³, la Corte Suprema excepcionó la aplicación de la regla de exclusión a un procedimiento civil referido a impuestos con la misma argumentación, los costes de excluir las pruebas prohibidas eran superiores a los beneficios de su inserción con la argumentación de que "la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la Cuarta enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada".

En resumen: lo que se pretendía era prohibir la utilización de las pruebas prohibidas en aquellos procesos donde se consideraba que la regla de exclusión iba a resultar más efectiva a la finalidad de disuadir a la policía de la utilización de prácticas ilegítimas.

2.1- El origen

Sin ánimo de establecer un estudio comparativo en este trabajo, que no es el objetivo del mismo, sí es necesario resaltar para mejor comprensión de su evolución y posterior decaimiento y, a pesar de que la influencia norteamericana ha sido decisiva en todo el camino recorrido por la prueba prohibida en nuestros Tribunales e incluso en nuestra legislación, que existen diferencias considerables en su historia, en su configuración e incluso en su fundamento.

³⁷² "Is to deter future unlawful police conduct." ..."[I]n sum, the rule is a judicially created remedy designed to safeguard Fourth Amendment rights generally through its deterrent effect, rather than a personal constitutional right of the party aggrieved."

³⁷³ *United States vs. Janis* 428 US 433 (1976). Posteriormente esa justificación del *deterrent effect* se manifestó a lo largo de toda la Jurisprudencia norteamericana relativa a la *Exclusionary Rule*", así en *United States vs. Leon* (468 us 897, 1984) se dijo que el único propósito de la regla, que hemos sostenido repetidamente, es disuadir las futuras violaciones de la cuarta enmienda: "*The rule's sole purpose, we have repeatedly held, is to deter future Fourth Amendment violations*", y que para que la exclusión sea apropiada, los beneficios de disuasión de la supresión deben superar sus costos pesados: "*For exclusion to be appropriate, the deterrence benefits of suppression must outweigh its heavy costs*" argumento repetido en *Herring vs.. United States* (555 U.S. 135, 2009) y en *Davis vs. United States* (131 S.Ct. 2419, 2011).

Sólo hace falta realizar un recorrido histórico-lagal para darse cuenta de que las fuentes de las que la prueba prohibida ha bebido distan mucho entre sí. Mientras que en Estados Unidos la Constitución y sus posteriores Enmiendas datan de los siglos XVIII y XIX (la ratificación de la Decimocuarta Enmienda) en España el camino hacia el respeto a los derechos humanos fue más lento y no se consolidó hasta el siglo XX.

En nuestro país lo que ahora es considerado prueba prohibida estuvo permitido e incluso legislado hasta tiempos no muy lejanos³⁷⁴ y no fue hasta mediado el siglo pasado cuando el Tribunal Constitucional realizó una interpretación de los derechos recogidos en la Constitución de 1978 en la que se puso de manifiesto la prohibición de obtener pruebas violando los derechos así protegidos haciéndose eco el legislador de esa prohibición y plasmándola en una Ley Orgánica.

El fundamento de la prueba prohibida, que constituye el sustento de la misma, también difiere sustancialmente de un sistema a otro, si bien en ambos tuvo su origen en los derechos reconocidos constitucionalmente, en Estados Unidos la fuerza de la fundamentación de la *Exclusionary Rule* descansa en el *deterren effect* o efecto disuasorio para evitar los abusos policiales.

En España esa fuerza se la ha otorgado, en tiempos pasados, los derechos fundamentales a pesar de que el presente se enturbie con indicios justificativos de la disuasión que pueden ser decisivos, junto con otros factores, para su exterminio futuro. Por ello es preciso hacer un análisis del pasado, presente y futuro de la prueba prohibida para concluir con las causas de su declive.

Antes de la reforma de la LECrim de 1989, una vez establecida la doctrina del Tribunal Constitucional sobre prueba prohibida y la entrada en vigor el art. 11.1 de la LOPJ, la resolución de las cuestiones en cuanto a la posibilidad de admisión de pruebas en un proceso cuando éstas no habían sido obtenidas de manera lícita era confusa y no existía marco legal ni interpretación constitucional sobre la materia.

La regla general era la admisión de las pruebas que pudieran servir para resolver la cuestión en liza salvo que las pruebas hubieran sido declaradas impertinentes o inútiles, conforme al art. 659 de la LECrim vigente entonces, del año 1882, de tal manera que cuando una prueba era obtenida de forma ilícita se solventaba con la declaración de

³⁷⁴ Vid. Cap I de esta obra

pertinencia o impertinencia de la misma, lo que suponía un riesgo en el sentido de que la mayoría se admitían si aportaban algo a la solución del conflicto que se trataba de resolver a través del proceso, o bien que fueran pruebas prohibidas, propiamente dichas, conforme a la misma Ley en cuyo caso se declaraban nulas con el riesgo de que dicha nulidad afectara a todo el proceso.

El ejemplo más claro de este tipo de prohibiciones lo encontramos en el art.389 de la LECrim de 1882 referente a las declaraciones de los procesados en cuyo párrafo segundo se establecía: “Las preguntas serán directas, sin que por ningún concepto puedan hacerse de un modo capcioso o sugestivo. Tampoco se podrá emplear con el procesado género alguno de coacción o amenaza” y en el art.439 referente a las declaraciones de los testigos en el que se recogía la misma prohibición. El resultado del incumplimiento de esta advertencia consistía en la correspondiente sanción disciplinaria para el juez que lo infringiere conforme a lo dispuesto en el art. 394 de la misma Ley.

También se puede poner como ejemplo la STS 775/1982 de 22 de mayo, relativa al llamado “crimen de los Castros” en los que fue condenado un individuo por homicidio y por hurto (el procesado se encontraba en un restaurante donde una mujer de origen inglés le llamó la atención dirigiéndose a ella para entablar conversación, después de frecuentar varios bares de Lugo la acompañó a la residencia donde ella se hospedaba, ya que había ido a esa ciudad de vacaciones, quedando en verse a la mañana siguiente. Con el nuevo día se dirigieron a la playa de Los Castros donde el acusado la llevó a una gruta cercana con intención de mantener relaciones sexuales a lo que ella se negó, al ver que no conseguía su propósito el hombre la empujó fuertemente con lo que la muchacha se dio un golpe en la cabeza que le causó la muerte. Después ocultó su cuerpo y se apropió del contenido del bolso de la mujer).

En ese caso la defensa del acusado solicitó como prueba la declaración de su cliente pero después de que le fuera suministrada la sustancia “pentotal” u otra con efectos similares, a fin de que el acusado quedase exculpado del crimen. El Tribunal Supremo rechazó sin lugar a dudas la prueba por considerar que (Quinto Considerando de la sentencia): “En trance normal de partido, una primera objeción obliga a entender que el uso del «Pentotal», o de otro de los narcóticos comercializados, que no se está ante un supuesto puro y específico de confesión del inculcado, sino que su uso participa más de la técnica pericial que de la testimonial, cuando no supone una simbiosis o maridaje de ambas; pero si esta primera objeción podría salvarse mediante el juego de

un criterio de apertura contrario al «*numerus clausus*» en los medios probatorios en aras de la consecución de la verdad material, principio cardinal del proceso penal, la falta de fiabilidad de sus resultados, los eventuales peligros que su empleo entraña, y, sobre todo, la seria objeción que supone su admisión indiscriminada, llevarían a conculcar los principios de legalidad estudiados al principio, en tanto en cuanto supondrían una forma indirecta y torticera de obtener la confesión del reo, y, a la postre porque supondría un desprecio de la persona humana en tanto en cuanto representaría el aniquilamiento de los resortes psíquicos y físicos del ser humano”.

El antecedente jurisprudencial más cercano a lo que después constituyó la doctrina del Tribunal Constitucional sobre prueba prohibida lo encontramos en dos Autos del mismo año 1984 referentes al famoso “caso Rumasa”, Auto 173/1984 de 21 de marzo y Auto 289/1984 de 16 de mayo³⁷⁵, en los que, curiosamente, el máximo intérprete de la Constitución mantuvo una postura contraria a la que posteriormente alegraría en la Sentencia 114/1984 de 29 de noviembre, origen del rechazo a la prueba prohibida en nuestro país. En sendos Autos la posición del Tribunal Constitucional se manifestó opuesta a rechazar pruebas obtenidas ilícitamente con la siguiente argumentación (FJ 3):

- 1- El rechazo a dejar fuera del proceso pruebas obtenidas de forma ilícita no tiene apoyo ni en la Constitución ni en ninguna norma de Derecho positivo.
- 2- Porque tampoco tiene apoyo jurisprudencial y: “es sólo una mera aspiración que han patrocinado de lege ferenda para incorporarla al Derecho positivo civil algunos procesalistas españoles, por no existir actualmente, como se dijo, norma alguna que impida a los órganos judiciales penales valorar los documentos cualquiera que sea su origen³⁷⁶”.

³⁷⁵ Los hechos del caso fueron los siguientes: En el año 1983 el Gobierno de España dictó el Real Decreto Ley 2/1983 de 23 de febrero por el que se decretaba la expropiación de la empresa “Rumasa”, procediéndose a su ocupación el mismo día. Una vez realizada la intervención policial en la sede empresarial se obtuvieron documentos trascendentales para la posterior imputación de su propietario, al mismo tiempo a los abogados británicos «Herbert Smith & Co.» les fue sustraída una muy amplia documentación que sirvió de base para que el titular del Juzgado Central de Instrucción dictara un Auto de procesamiento contra el propietario de la empresa “Rumasa” y otras personas.

³⁷⁶ Los Autos aludidos se están refiriendo a los trabajos de los profesores de Derecho Procesal denominados “Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Vol. II” del año 1974 en cuyo art. 549 con el nombre de “Medios de prueba inadmisibles” establecía: “El Tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleando procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona”

- 3- Porque se necesitaría una declaración de la ilegalidad cometida por parte de los Tribunales de instancia y, en caso de que existieran, se trataría de un problema de mera legalidad que compete a dichos Tribunales que son los que tienen encomendada la labor de valorar las pruebas conforme a la “convicción psicológica que permite el art. 741 de la LEC”

En definitiva el Tribunal Constitucional negó que la obtención de prueba de manera ilícita fuera una causa de inadmisión o un motivo de exclusión de la misma en el proceso, doctrina que dio un giro radical tan solo unos meses después.

La sentencia del TC 114/1984 de 29 de noviembre³⁷⁷ supuso un hito en la historia de la prueba en nuestro derecho, tuvo la capacidad de producir varios efectos perdurables y novedosos y algunos de ellos criticables: En primer lugar destacar la labor interpretativa del TC que a través de una argumentación compleja en la que incluye referencias a ordenamientos extranjeros como el de Estados Unidos, Francia e Italia, consigue ubicar a la prueba prohibida como una garantía procesal de origen constitucional incardinado en el art. 24 de la Constitución y relacionado con el art. 10 de la misma como derivación de “la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada posición de “inviolables” (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental” (FJ 4), a pesar de reconocer, en su FJ 2, que no existe un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita (argumento que fue la base de los Autos dictados por el mismo Tribunal meses antes).

El TC acude al derecho a un proceso con todas las garantías como justificación de la exclusión obviando el derecho a la presunción de inocencia, posiblemente por derivar de un procedimiento laboral y no penal, aunque posteriormente la jurisprudencia fue añadiendo la vinculación de la prueba prohibida a ambos derechos. En este punto

³⁷⁷ Curiosamente la primera sentencia del TC sobre prueba prohibida no llegó de la mano del ámbito penal, que es donde más supuestos y más problemas acarrea la prueba al ser la parcela del Derecho donde más libertades y derechos fundamentales se conjugan con la consiguiente pugna entre el interés del Estado por mantener la paz social y la seguridad y el interés del acusado en que se respeten sus derechos constitucionalmente reconocidos, si no que derivó de un procedimiento laboral. Los hechos fueron los siguientes:

Uno de los redactores de un periódico alicantino fue despedido por deslealtad y falta de buena fe con la empresa sobre la base de unas conversaciones mantenidas con el Consejero técnico del Gabinete de Transportes y Telecomunicaciones que fueron grabadas sin su conocimiento, de forma ilegal, por lo que consideró que se vulneró su derecho al secreto en las comunicaciones reconocido en el art 18.3 de la Constitución y su derecho a un proceso con todas las garantías establecido en el art. 24.2 de la Carta Magna

hay que hacer una breve referencia a la posición del TEDH acerca de la prueba prohibida. La jurisprudencia de este tribunal en la materia de obtención de pruebas con vulneración de derechos fundamentales, no ha establecido un criterio absoluto si no que ha optado por analizar caso por caso en función del derecho vulnerado y de la forma en que se desarrollado el procedimiento interno debido a que la prueba prohibida no está expresamente recogida en el CEDH y la admisión o exclusión de pruebas corresponde al Derecho interno de cada Estado³⁷⁸, por lo que el Tribunal considera como posibilidad de excluir la prueba prohibida del proceso si se ha vulnerado el art. 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo) pero en el sentido del conjunto del proceso, sin llegar a entrar sobre la licitud o no de la prueba en cuestión, conjuntamente examina si durante la obtención de la prueba se ha vulnerado algunos de los derechos reconocidos en el CEDH como son el derecho a la libertad y la seguridad (art.5), o se han cometido torturas (prohibidas por el art. 3) o el derecho a la vida privada y familiar (art.8), de tal manera que si se produce una violación de alguno de estos derechos se examinaría si también se ha producido la violación del derecho a un proceso equitativo.

En el FJ 5 de la sentencia constitucional se vincula la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales con el art. 14 de la Constitución en relación a la desigualdad de las partes en el proceso y da una nueva interpretación a los “medios de prueba pertinentes” que “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”.

Con esta argumentación el T. C consigue dos objetivos: El primer objetivo es terminar con la discrecionalidad de la declaración de pertinencia o impertinencia de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales que era el único medio procesal hasta entonces para poder deshechar una prueba así obtenida. El segundo objetivo es otorgar el fundamento constitucional a la prueba prohibida, uno de los aspectos más relevantes a la hora del análisis sobre su posible desaparición, como se verá más adelante.

³⁷⁸ MADRID – BOQUÍN. C.M: “La prueba prohibida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Luces y sombras del caso Zherdev C. Ucrania” en Revista de Estudios Europeos, nº extraordinario monográfico, nº 1. 2017, pág 80. En esta obra la autora realiza un análisis exhaustivo de los criterios del TEDH en relación con la prueba prohibida, en especial la sentencia del caso Zherdev contra Ucrania en el que se recopila la doctrina del Tribunal sobre la prueba prohibida.

Ese fundamento es uno de los aspectos que hace que la prueba prohibida en España sea diferente a la *Exclusionary Rule* norteamericana cuya finalidad primordial es disuasoria, si bien es cierto que por la continua influencia de la jurisprudencia norteamericana en nuestros tribunales, a través de la introducción de excepciones a la regla de exclusión, la recepción del fundamento disuasorio cada vez es más evidente³⁷⁹ Un segundo efecto, criticable, de la sentencia es que hace un recorrido por la jurisprudencia estadounidense relativa a la *Exclusionary Rule*, circunstancia que ha sido criticada por algunos autores:

En primer lugar porque toda la argumentación de nuestro Tribunal Constitucional gira en torno a la interpretación conjunta de los del derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a la igualdad entre las partes en el proceso y por la posición preferente de los derechos en el ordenamiento jurídico lo que hace que claramente su origen y razón de existencia sea constitucional, en el sistema norteamericano el efecto disuasorio es el que rige en esta materia por lo que el razonamiento del tribunal hubiera sido más correcto si hubiera elegido otros sistemas en los que el modelo fuera más próximo al nuestro como Alemania, Italia, Portugal o Francia³⁸⁰.

³⁷⁹ En este sentido se han pronunciado tanto el TC como el TS

- STC 81/1998 de 2 de abril, STC 49/1999 de 5 de abril, STC 94/1999 de 31 de mayo, STC 171/1999 de 27 de septiembre, STC 59/2005 de 15 de marzo, STC 206/2007 de 24 de septiembre, STC 107/2012 de 21 de mayo
- STS 2943/1990 de 29 de marzo, STS 7528/2003 de 26 de noviembre, STS 213/2013 de 26 de enero, STS 116/2017 de 23 de febrero

Destacando la argumentación del Supremo en las sentencias: 290/1999 de 17 de febrero, 1203/2002 de 18 de julio y la STS 7528/2003 de 26 de noviembre que en su FJ 10 recopila la doctrina de las sentencias anteriores. "...la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo tienen como finalidad otorgar, en el ámbito de los procesos jurisdiccionales, el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, en el ámbito específico del proceso penal, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal, lo que se ha denominado en el derecho anglosajón "deterrent effect"."

³⁸⁰ Así autores como PLANCHADELL GARGALLO. A que critica que el TC utilizara como argumento la doctrina norteamericana y no la de países cuyo modelo jurídico es más próximo al nuestro y en los que la fundamentación de la prueba prohibida se basa en la propia Constitución no en el efecto disuasorio como ocurre en Estados Unidos. PLANCHADELL GARGALLO. A, op. cit., págs 39 y 40. MIRANDA ESTAMPRES. M: "La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación" en *Jueces para la Democracia* nº 47. 2003 págs 53 y ss. Considera que el fundamento de la regla de exclusión en nuestro país difiere del modelo norteamericano en el que lo fundamental es prevenir las conductas policiales tendentes a lesionar derechos fundamentales, sin embargo también reconoce que se ha producido "un fenómeno de norteamericanización de la regla de exclusión que se ha traducido en la paulatina introducción de limitaciones a su ámbito de aplicación hasta tal punto que en algunos aspectos resulta, en la actualidad, prácticamente irreconocible si la comparamos con su formulación constitucional originaria"

En segundo lugar porque los sistemas judiciales son muy distintos, mientras que en España la valoración de la prueba se realiza única y exclusivamente por el juzgador, en nuestra legislación procesal existen ejemplos de ello como los arts. 316.2 (valoración del interrogatorio de las partes), 319.3 (fuerza probatoria de los documentos públicos relativos a la usura), 326.2 (fuerza probatoria de los documentos privados) o el 382.3 (valor probatorio de los instrumentos de filmación, grabación y semejantes) todos ellos de la LEC en los que se alude a las “reglas de la sana crítica” por parte del tribunal o el art 973 de la LECrim en el que dice que el Juez “dictará sentencia apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas..”, en Estados Unidos esa apreciación y valoración la realiza el Jurado, si bien es cierto que con el filtro previo del Juez, compuesto por personas ajenas al Derecho lo que significa que cada uno cumple una función diferente: el Juez se ocupa de las cuestiones de Derecho mientras que el Jurado se ocupa de las cuestiones de hecho (ad quaestionem facti non respondet iudices, ad quaestionem legis non responden juratores) que son las que en definitiva forman la convicción en el Jurado de la culpabilidad o no de un sujeto basándose en aspectos como la credibilidad de los testigos, el papel que los documentos, informes periciales y demás instrumentos probatorios han jugado en los hechos que se juzgan, es decir: su valoración³⁸¹.

Incluso nuestro TS, dentro de los vaivenes jurisprudenciales sobre la materia de prueba prohibida, ha considerado que es más coherente acudir a modelos judiciales más próximos al nuestro. Así lo ha declarado en la STS 912/2013 de 4 de diciembre en la que al hablar de la prohibición de valorar la prueba refleja hace una consideración en ese sentido en el FJ tercero: “Y si acudimos fuera del espacio judicial europeo, al propio Tribunal Supremo norteamericano, pionero en la aplicación de esta doctrina (" fruits of the poisonous tree "), es indudable que resoluciones como Hudson vs. Michigan, o Herring vs. United States, han atenuado mucho los efectos de la *Exclusionary Rule* . Aun sin compartir, obviamente, esta regresión, es claro que la aplicación absolutamente

³⁸¹ GONZALEZ MONTES. J.L: “La prueba ilícita” en *Persona y Derecho* nº 53. 2006, pág 266.

Para ABEL LLUCH. X la prueba en el sistema anglosajón es más compleja que en el nuestro complejidad derivada de las siguientes razones: “a) de su volumen por la obligatoriedad del precedente; b) del escaso nivel de su orden, con la regulación de excepciones y contraexcepciones y, en general, la falta de regulación de principios generales, debido a que el cuerpo legislativo ha evolucionado sobre la base de casos particulares, lo que contrasta con la regulación de los sistemas del civil law, en la que se enuncian los principios propios del proceso civil y los propios del proceso penal, que informan la actuación de los jueces y tribunales, y c) de su carácter técnico y la peculiar manera como las fuentes de prueba acceden al proceso”. ABEL LLUCH. X: “La dosis de prueba: entre el Common Law y el Civil Law” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 35. 2012, pág 176

ilimitada de la regla de la contaminación de los frutos del árbol prohibido carece en el sistema procesal penal actual de referentes en el Derecho Comparado, por lo que la aplicación de la doctrina matizada del Tribunal Constitucional a través de la teoría de la conexión de antijuridicidad resulta lo más coherente con el modelo procesal penal vigente en los países de nuestro entorno."

Por último, la STS 114/84 de 29 de noviembre tuvo la virtualidad de provocar que el legislador se hiciera eco de esa doctrina y lo plasmara, un año después, en el art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 7 de octubre, del Poder Judicial que establece: "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violando los derechos o libertades fundamentales". El hecho de que la sentencia tuviera su efecto en el plano legislativo supuso que la misma tuviera un efecto más garantista que la propia sentencia ya que la norma iba más allá de la propia doctrina iniciada por el TC dando fundamento legal al llamado efecto reflejo de la prueba prohibida que no recogía la sentencia de origen.

Es interesante hacer una breve referencia al proceso formativo parlamentario del precepto en cuestión que en principio reconducía la solución del problema de la prueba prohibida al principio de la buena fe procesal, tal y como se recogió en el Informe de la Ponencia encargada de redactar el Proyecto de Ley: "El ejercicio de las acciones y la oposición, en todo tipo de procesos, respetarán las reglas de la buena fe"³⁸², al ser remitido el texto al Congreso de los Diputados se presentó una enmienda por parte del Grupo Popular en la que se pedía que se aprovechara "la reciente doctrina del Tribunal Constitucional que ha venido a proclamar que no cabe en ninguna clase de procesos la aportación de pruebas que directa o indirectamente hayan sido obtenidas de manera fraudulenta, contra la ética o el Derecho"³⁸³, la enmienda prosperó y el art. 11.1 de la LOPJ quedó redactado: "No surtirán efecto, en ninguna clase de procesos, los medios de prueba obtenidos, directa o indirectamente, de modo contrario a la ética o al Derecho".

³⁸² Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 118-I-1, de 23 de febrero de 1985

³⁸³ Recogida en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria Núm. 191 de 21 de marzo de 1985, enmienda n.º 952 publicada en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, Serie A, Núm 118-II de 22 de marzo de 1985 y aprobada y publicada en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 118-III, de 8 de abril de 1985

Posteriormente en el Senado se formuló otra enmienda por parte del Grupo Socialista en la que se proponía que el texto se adaptara a lo establecido en la STC 114/84 quedando su redacción definitiva como está en la actualidad.

El interés que presenta este iter parlamentario se centra en dos cuestiones: En primer lugar que se fue reduciendo el ámbito de aplicación al eliminar la frase “en todo tipo de procesos”, “en ninguna clase de procesos” aunque eso no fue óbice para que jurisprudencialmente su aplicación fuera genérica. Por otra parte se concretó la situación jurídica aplicable sustituyendo que sean contrarias a las reglas de la buena fe, la ética y el Derecho, conceptos más abstractos y que hubieran podido dar lugar a múltiples interpretaciones que posiblemente (por la evolución constatada posteriormente en la jurisprudencia) hubieran minado con más fuerza a la prueba prohibida, por violación de derechos o libertades fundamentales conceptos más concretos que, a pesar de que ha dado lugar a dos posiciones doctrinales: los defensores a ultranza de que el art. 11.1 de la LOPJ recoge una prohibición en sentido amplio, en el sentido de otorgar poder de exclusión a toda prueba que se haya obtenido con infracción de cualquier norma con independencia de su rango³⁸⁴, y la doctrina mayoritaria compuesta por los que abogan por una interpretación restrictiva considerando que el citado artículo se restringe a la

³⁸⁴ Partidarios de esta posición serían DEVIS ECHANDÍA. H para quien “Son pruebas ilícitas las que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley, en cuanto al medio mismo o al procedimiento para obtenerlo o que atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana, o que violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan. Cualquiera que sea el sistema procesal vigente, debe considerarse implícitamente consagrada la prohibición de utilizar pruebas cuya ilicitud sea evidente” DEVIS ECHANDÍA. H: “Compendio de la Prueba ...”, op. cit, pág 231. LÓPEZ- BARJA DE QUIROGA. J “no cabe pensar que un derecho no fundamental puede claudicar frente al derecho a la prueba o el interés público en la averiguación de la verdad”. LOPEZ-BARJA DE QUIROGA. J: “Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida” . Ed. Akal. 1989, págs 134 y 135, 142 y 143.

Incluso el TS en alguna ocasión ha considerado que la violación alcanza también a la legalidad procesal ordinaria: STS 2943/1990 de 29 de marzo, en cuyo FJ 2º dice: “Así pues, cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa quizá haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada su consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza”.

STS 7033/1991 de 16 de diciembre, FJ 2º: “por prueba legítimamente obtenida, no debe entenderse tan sólo aquella que se acomode a las exigencias constitucionales de no atentar, directa o indirectamente, contra los derechos fundamentales, sino también aquella que cumple las concretas garantías que para su práctica establece la legalidad procesal ordinaria”

vulneración de normas que tengan categoría de constitucionales y que, además, consagre un derecho fundamental³⁸⁵ .

2.2- La eficacia refleja de la prueba prohibida

Que el legislador incluyera una concepción más garantista que la expuesta por el TC supuso, para la mayoría de la doctrina, el reconocimiento del efecto reflejo de la prueba prohibida, el traslado a nuestra legislación de la teoría norteamericana del “fruto del árbol envenenado” (*fruit of the poisonous tree doctrine*) a través de la cual las pruebas contaminadas en origen (directas) extendían ese efecto a las pruebas derivadas de ella (reflejas) aunque éstas hubieran sido obtenidas de forma lícita.

En opinión de MIRANDA ESTAMPRES. M³⁸⁶. el reconocimiento de la eficacia de los efectos reflejos de la prueba prohibida es “la única forma de asegurar que la misma no producirá efectos en el proceso”.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. J³⁸⁷ considera que esa teoría es admitida en el art. 11.1 de la LOPJ porque el hecho que vulnera el derecho o la libertad fundamental está relacionado indirectamente porque las une un dato que ha sido conseguido ilícitamente y que da lugar a la obtención de la prueba obtenida legalmente. ASECIO MELLADO. J.M³⁸⁸ es de la misma opinión, el art. 11.1 de la LOPJ extiende la nulidad de las pruebas ilícitas a las obtenidas indirectamente “por el hecho exclusivo de ser derivadas”, lo único que se exige es que exista una relación de causalidad.

³⁸⁵ Para la mayoría de la doctrina la prohibición a la que se refiere el art. 11.1 de la LOPJ es a la violación única y exclusivamente de los derechos calificados como fundamentales por la Constitución, es decir, los recogidos en la Sección 1ª del Capítulo segundo del Título I de la Constitución (arts del 15 al 29 y el 14) entre ellos: ASECIO MELLADO. J.M:”La prueba. Garantías Constitucionales derivadas del artículo 24.2” en *Revista del Poder Judicial* nº 4. 1986, págs 37-38. BARONA VILAR. S: “Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal” Ed. Tirant lo Blanch. 23ª edición. 2015, pág 389. PICÓ I JUNOY. J: “El derecho a la prueba...”, op. cit, págs 366 y 367.

El TC también ha sido partidario de esta doctrina como se refleja, por ejemplo, en la STC 85/1994, de 14 de marzo en cuyo FJ 4º manifiesta que la ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos “deriva no sólo de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el capítulo II del Título I de la Constitución y de la necesidad de no confirmar, haciéndolas efectivas, las contravenciones de las mismas (STC 114/1984), si no ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la LOPJ”

³⁸⁶ MIRANDA ESTAMPRES. M: “El concepto de prueba ilícita...”, op. cit, pág 110

³⁸⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. J, op. cit, pág 147

³⁸⁸ ASECIO MELLADO. JM: “La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita” en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110507_02.pdf, pág 42

PLANCHADELL GARGALLO. A³⁸⁹, estima que ese efecto reflejo mantiene el fundamento constitucional promulgado en la STC 114/1984 ya que supone también una vulneración del derecho constitucional y porque supone también que su finalidad es la de tutelar los derechos fundamentales.

Sin embargo hay otros autores que niegan esa inclusión del efecto reflejo de la prueba prohibida. Así PICÓ I JUNOY. J³⁹⁰ argumenta que existen tres razones para negar ese efecto del art. 11.1 de la LOPJ: La primera orque ni del iter parlamentario ni de la STC 114/1984 de 29 de noviembre se desprende esa teoría, la segunda porque, citando a PASTOR BORGONON. B, los actos de investigación legales, aunque se hubieran obtenido como consecuencia de una conducta ilegal no implican una vulneración indirecta de un derecho o libertad fundamental “ya que no implican una restricción al mismo a través de otros actos interpuestos” y la tercera y última porque la doctrina de los “frutos del árbol envenenado” constituye un límite a la eficacia del derecho a la prueba lo que obliga a interpretarlo de forma restrictiva, tal y como señala el Tribunal Constitucional.

Considera el autor que el único argumento sostenible para tener en cuenta los efectos reflejos viene dado por el art. 242 de la misma ley (hoy se corresponde con el 243.1) que viene a decir: “La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independiente de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad”.

En lo que se refiere a la Jurisprudencia ésta se mantuvo reticente a aplicar la doctrina del “fruto del árbol envenado”, curiosamente en la mayor parte de los casos en los que el TS la ha aplicado son referidos a las intervenciones telefónicas en las que la prohibición de valoración de la prueba alcanzaría no sólo al medio de prueba (la reproducción de audio o visual) si no también a sus transcripciones o testificales de la policía interviniente, existiendo algún antecedente en el TS como el Auto de 18 de junio de 1992³⁹¹ referido al llamado “caso Naseiro” en cuyo FJ 9 declara: “Tampoco podrán practicarse los otros medios de prueba que sean consecuencia de las referidas

³⁸⁹ PLANCHADELL GARGALLO. A, op. cit, pág 71. De la misma opinión es VIVES ANTÓN. T: “Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los frutos del árbol emponzoñado” en Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, nº 2. 2002, págs 6, 8.

³⁹⁰ PICÓ I JUNOY. J: “El derecho a la prueba...”, op. cit, págs 361, 365. Cita a PASTOR BORGONON. B: “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas” en *Rev. Justicia*, nº 2. 1986, pág. 361

³⁹¹ ATS 3773/1992 de 18 de junio

conversaciones, pues sólo así se produce el efecto querido por la Ley cuando de nulidades radicales se trata, cabiendo sólo, por tanto, respecto de las acusaciones, utilizar pruebas, si estiman que disponen de ellas, distintas de aquellas que se declaran nulas, sin que, obviamente y por tanto, puedan tampoco servir como apoyo de sus pretensiones, directa o indirectamente, las pruebas cuya nulidad radical se declara (artículos 11.1 , 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

En la STS 3031/1992, de 7 de abril referente a un caso de tráfico de drogas en el que se produjo una entrada y registro domiciliario ilegal al no coincidir la identificación del titular ni la ubicación del domicilio objeto del registro con los datos aportados por el Juzgado para el oportuno mandamiento judicial, en cuyo FJ 2º se pronunció el TS: “Al respecto, y dentro de la constitucionalidad de la prueba, puede decirse: a) que las obtenidas ilícitamente son radicalmente nulas e inutilizables en el proceso (STC de 29 de noviembre de 1986); b) que no surtirán efecto las pruebas logradas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales (artículos 238 y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); y c) que la doctrina de "los efectos reflejos de la prueba ilegítimamente obtenida" o de lo que se ha denominado "frutos del árbol envenenado" ha de ser entendida en sus términos más exactos y justos cuando de nulidad absoluta se trate, no en los casos de anulabilidad o nulidad relativa”. Y posteriormente en la STS 19293/1994 de 16 de junio en la que se hace referencia, en su FJ 1º, al “efecto dominó” recogido en el art. 11.1 de la LOPJ “en el sentido de que la nulidad de determinada diligencia o prueba judicial, por vulneración de derechos constitucionalmente reconocidos, arrastra en cadena la invalidez y consiguiente ineficacia jurídicas de todas las posteriores que puedan traer causa -directa o indirecta- de aquélla primera”

Sin embargo no fue hasta el pronunciamiento del TC, mediante la STC 85/1994, de 14 de marzo, cuando se consolida la tendencia más garantista de la prueba prohibida. Los hechos versan sobre la detención de dos individuos, acusados de un delito contra la salud pública, futo de una intervención telefónica en la que después de haber sido autorizada sin motivación alguna y a través de una providencia, en lugar de un Auto, y una vez finalizado el plazo de autorización se continuó con las escuchas sin que se hubiese autorizado su prórroga (se solicitaron dos prórrogas pero sin obtener respuesta por parte del órgano judicial). Por parte de la defensa se solicitó la anulación de las sentencias condenatorias por vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones, la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

La decisión del Tribunal Constitucional sienta la doctrina de los “frutos del árbol envenenado” a pesar de no nombrarla directamente en la sentencia,³⁹² al considerar en su FJ 4 que “...todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984) sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial” y continúa más adelante: “Así pues, la ocupación de la droga a la menor M.J.O no es valorada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo como prueba directa de la culpabilidad de los recurrentes, sino como un indicio” y concluye: “Esa derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida impide considerar a este indicio como prueba de carácter independiente, legalmente obtenida”.

De los párrafos transcritos de esta sentencia se pueden derivar tres consecuencias: La primera, que el reconocimiento de la prohibición de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales no sólo viene derivada de la propia Constitución si no que está reforzada, si cabe, por el Derecho positivo a través de una Ley con rango de Orgánica, por lo que la dota de máxima protección. La segunda, que esa doble protección se extiende también a las pruebas que deriven de aquellas otras

³⁹² Para GÓMEZ COLOMER. J.L la primera vez que el TC utilizó la terminología estadounidense fue en el Auto 155/1999, de 14 de junio, en el que inadmite la demanda de amparo por falta de contenido constitucional sobre el fondo, presentada por varios miembros de la banda terrorista ETA. En dicho Auto el TC hace mención expresa a la doctrina del “árbol envenenado” explicando que para que se pueda aplicar esta teoría es necesario analizar si las pruebas posteriores no son jurídicamente independientes de las iniciales. Así lo pone de manifiesto en el FJ 5: “Igualmente carece de fundamento la alegación de nulidad de las declaraciones realizadas ante el Juez de instrucción en cuanto derivadas de las realizadas en situación de incomunicación (motivos segundo y tercero), no sólo porque, como se ha expuesto, las declaraciones realizadas ante la policía no adolecen de la ilicitud constitucional que se les atribuye, sino porque la aplicación de la doctrina del “árbol envenenado”, que este Tribunal ha admitido para los casos de pruebas obtenidas a través de intervenciones de las comunicaciones vulnerando el derecho al secreto de las mismas, no supondría la automática consideración de la prueba derivada como constitucionalmente ilícita, sino que habría que analizar si las pruebas posteriores a las iniciales, valoradas como vulneradoras de garantías constitucionales, son jurídicamente independientes de aquéllas, pues ello permitiría su ponderación como pruebas de cargo (SSTC 86/1995, fundamento jurídico 4.º; 54/1996, fundamento jurídico 9.º; 81/1998, fundamento jurídico 4.º; 121/1998, fundamento jurídico 6.º; 151/1998, fundamento jurídico 3.º; 49/1999 fundamento jurídico 14). GÓMEZ COLOMER. J.L: “Prueba admisible y prueba prohibida: Cambios en el Garantismo Judicial motivados por la lucha contra el crimen organizado en la realidad jurisprudencial española actual” en *Doctrina y Jurisprudencia Penal* nº 22. 2015

consideradas prohibidas, se establece así el efecto expansivo de la prohibición bajo el manto del art. 11.1 de la LOPJ y la tercera que, para que se de esa extensión de los efectos, se deduce de los términos de la sentencia, y así está reconocido doctrinal y jurisprudencialmente, es necesario que exista una conexión entre la prueba originaria obtenida ilícitamente y la derivada obligando al Tribunal a examinar esa conexión caso por caso, a analizarla particularmente ³⁹³. Es precisamente esa exigencia de conexión la que, a la postre, va a dar lugar a las excepciones en la aplicación de la regla de exclusión más utilizada por nuestra Jurisprudencia (la fuente independiente, instaurada por el TC, el hallazgo causal y el descubrimiento inevitable éstas con origen en el TS) y es que esta aplicación tan garantista del efecto reflejo de la prueba prohibida duró poco tiempo por el hecho de que producía en “la sociedad española cierta sensación de injusta impunidad”³⁹⁴.

La eficacia refleja de la prueba prohibida tuvo sus más y sus menos en la Jurisprudencia, muchos altibajos hasta la STC 81/98 de 2 de abril en la que el Tribunal Constitucional instauró la excepción más destructiva para la doctrina de los “frutos del árbol envenenado” la llamada “conexión de antijuridicidad”³⁹⁵.

³⁹³ En este sentido LÓPEZ YAGÜES. V: “Problemas Actuales de la Justicia Penal. Secreto profesional, coop. Jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales” (Ob. Col), GONZÁLEZ-CUELLAR. N (Dir), SANZ HERMIDA. A.M (Coord), ORTIZ PRADILLO. J.C. Ed. Cóllex 2013, pág 273. MIRANDA ESTAMPRES. M: “El concepto de prueba ilícita..”, op. cit, págs 114 y ss

³⁹⁴ LÓPEZ YAGÜES. V, op. cit, pág 274. ARMENTA DEU. T: “La prueba ilícita (un estudio...), op.cit, págs 63 a 66. GÓMEZ COLOMER. J.L: “Prueba admisible y prueba prohibida...” pág 16. PLANCHADELL GARGALLO. A, op. cit, pág 73

³⁹⁵ Anteriormente a esa sentencia el Tribunal Constitucional desligó las pruebas derivadas de la obtenida con violación de derechos fundamentales con la argumentación de que existía otra prueba de cargo suficiente para condenar independiente a la prueba ilícita de origen.

En la STC 86/1995, de 6 de junio, en un caso de tráfico de estupefacientes en el que hubo unas escuchas ilegales (otra vez en el ámbito de las intervenciones telefónicas) que el Tribunal reconoce, en su FJ 3, nulas por haber sido realizadas sin la necesaria autorización judicial y su extensión a otros elementos de prueba: “no existe duda de que en el caso de autos la prohibición probatoria se extiende no sólo al resultado de la observación telefónica, sino también a la ocupación de la droga y, consiguientemente, ninguno de estos indicios debió ser considerado para establecer la culpabilidad de los recurrentes. Mas, para decidir si las resoluciones impugnadas han vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, se hace preciso examinar si prescindiendo de estos elementos de prueba se produjeron en el proceso otras pruebas válidas de su participación en los hechos por los que han sido condenados”. No obstante también considera que la confesión del acusado es independiente de esa prueba nula exigiendo únicamente para su validez que dicha confesión fuera realizada con las correspondientes advertencias legales, informado de sus derechos y en presencia de un abogado concluyendo que “Tales declaraciones, efectuadas en un sentido claramente inculpativo, constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia” (FJ 4).

Mucha ha sido la Jurisprudencia que ha tratado sobre la aplicación de la regla de exclusión a las pruebas derivadas de la prueba ilícita pero de entre todas las sentencias sobre la materia destacamos dos: La STC 54/1996, de 26 de marzo, relativa a un secuestro realizado por la banda terrorista “ETA” en la que se extiende la nulidad de las declaraciones de los policías que presenciaron la entrevista que mantuvo el intermediario de la familia del secuestrado y el interlocutor de la banda terrorista al ser derivadas de unas intervenciones telefónicas ilícitas y sin embargo considera independientes las declaraciones del testigo que actuó como intermediario de la familia y las del propio acusado prestadas en fase sumarial y leídas en el acto del juicio y la STS 3096/2018 de 11 de julio, interesante por su cercanía y porque es de las pocas sentencias recientes en las que el Supremo ha admitido la doctrina de los “futos del árbol envenenado”.

En este supuesto se realizaron unas intervenciones telefónicas con la finalidad de investigar un robo de joyas. Fruto de esas escuchas se averiguó que los implicados pertenecían a una organización criminal dedicada al tráfico de drogas por lo que se abrieron nuevas diligencias sobre ese asunto utilizando las conversaciones telefónicas obtenidas en la primera causa relativa al robo en las que, además, algunas de esas intervenciones telefónicas carecían de la correspondiente autorización judicial. El Tribunal Supremo declaró ilícitas las intervenciones telefónicas arrastrando a las demás pruebas documentales y testificales derivadas de ella y, consiguientemente, absolvió a los recurrentes³⁹⁶.

II- EL PRESENTE (I): LAS EXCEPCIONES

A pesar de los vaivenes jurisprudenciales, en los que unas veces se admite y en otras se rechaza la eficacia refleja de la prueba prohibida, lo cierto es que con la introducción de las excepciones se empieza a mellar el garantismo inicial de la sentencia 114/1984 y el propio espíritu del art. 11.1 de la LOPJ.

La mayoría de las excepciones a la prueba prohibida tienen su origen en la jurisprudencia norteamericana y han sido adoptados por la nuestra como un medio para evitar que la amplitud de la regla de exclusión probatoria alcance a situaciones en las

³⁹⁶ En el mismo sentido y también recientes las SSTS 707/2018, de 9 de enero y 1931/2018, de 30 de mayo

que, de no mediar la existencia de esa regla, la culpabilidad resultaría prácticamente garantizada salvaguardando así la paz y la tranquilidad social, como prioridad del Estado, en contra de las garantías de los derechos particulares.

1- EXCEPCIONES QUE AFECTAN AL EFECTO REFLEJO DE LA PRUEBA PROHIBIDA

1.1- La Fuente Independiente

La jurisprudencia, en su variabilidad, tardó muy poco tiempo en cambiar su criterio garantista contenido en la STC 85/1994, de 14 de marzo, al introducir la excepción de la “prueba independiente” con la STC 86/1995, de 6 de junio³⁹⁷.

Según esta teoría si existe una prueba independiente de aquellas otras obtenidas con violación de derechos fundamentales se puede entrar a valorarla y, en el supuesto de que constituyera prueba de cargo, podría ser suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, es decir, lo que se pretende es realizar una interpretación en la que el razonamiento mental, basado en las reglas de la lógica y de las máximas de experiencia, lleva a la conclusión de que la prueba controvertida hubiera sido obtenida de la misma manera aunque la violación del derecho no se hubiera producido. Esta teoría se puede considerar que conforma el inicio o el germen de las siguientes excepciones, es la que sienta las bases de las posteriores que van siendo perfeccionadas y, en algunos casos, con criterios complejos que llevan siempre a la misma conclusión: la desconexión entre las prueba contaminada y las derivadas.

En definitiva se trata de “constatar la debilidad del nexo causal de unión, dada la existencia de otros datos o elementos fácticos que permiten inferir razonablemente

³⁹⁷ En resumen se trata de un caso de un delito contra la salud pública en la que los recurrentes fueron condenados a pesar de que existía una prueba obtenida ilícitamente, unas intervenciones telefónicas sin autorización judicial, que debería arrastrar al resto de pruebas derivadas de ellas. Sin embargo el TC entendió que la confesión del coprocesado constituye “un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia” FJ 4.

que el resultado probatorio se ha obtenido, en realidad, muy probablemente, sin la ayuda de la información resultante de la diligencia inconstitucional”.³⁹⁸

Esta doctrina tiene su origen en la excepción norteamericana de la *independent source* que se aplicó en el caso *Wong Sun vs. U.S* en el año 1963 y posteriormente en el caso *Segura vs. United States* en el año 1984³⁹⁹.

Con la STC 86/1995, de 6 de junio, se produce un marcado giro de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el efecto reflejo de la prueba prohibida, en su interpretación no difiere de los criterios anteriores en cuanto a la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, puesto que considera vulnerado el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones recogido en el art. 18.3 de la CE, pero sí modifica su postura en lo referente a las pruebas derivadas de esa ilicitud. El Tribunal reconoce que “no existe duda de que en el caso de autos la prohibición probatoria se extiende no sólo al resultado de la observación telefónica, sino también a la ocupación de la droga y, consiguientemente, ninguno de estos indicios debió ser considerado para establecer la culpabilidad de los recurrentes”, sin embargo, y aquí radica el aspecto novedoso de la doctrina, establece que para considerar violado el derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes es necesario examinar si al eliminar los elementos de prueba viciados existen otros que constituyan prueba de cargo suficiente para fundar la condena.

Es decir, el TC desvincula la prueba de las intervenciones telefónicas y de la droga incautada de otras independientes de las excluidas. En este caso se consideró que la confesión de un coacusado era suficiente para fundamentar la condena, en consecuencia el procedimiento es válido y no contaminado por lo que deniega el amparo solicitado.

En definitiva lo que esta sentencia pretende es establecer el criterio de que para que el efecto reflejo de la prueba prohibida se extienda a las demás es necesario que exista un nexo causal entre la obtenida vulnerando los derechos fundamentales y las

³⁹⁸ GÁLVEZ MUÑOZ, L, op. cit, págs 186 y 187

³⁹⁹ *Segura vs United States* (468 U.S 796, 1984)

derivadas de la misma, teoría que luego irá perfeccionando y ampliando con el tiempo a través de la “conexión de antijuridicidad”.⁴⁰⁰

La doctrina en sí misma es criticable desde dos puntos de vista, el primero porque al considerar que la prueba es independiente y que no tiene conexión con la obtenida ilícitamente se puede considerar, en sentido estricto, que no actúa como una verdadera excepción puesto que se supone que esa prueba no proviene de un árbol envenenado si no de un árbol perfectamente sano.

En segundo lugar la crítica viene desde el punto de vista de la situación que ocupa la prueba sana respecto de la viciada, es complicado el hecho de determinar si esa prueba lícita realmente se ha obtenido de forma totalmente independiente de la prueba que no lo es.⁴⁰¹

1.2- El Descubrimiento Inevitable

Se puede decir que es una perfección de la prueba independiente. Esta excepción fue creada por la doctrina del Tribunal Supremo a través de la STS 974/1997 de 4 de julio⁴⁰², su fundamento se encuentra en que la prueba válida ha existido con

⁴⁰⁰ El TC ha utilizado la fórmula de la “prueba jurídicamente independiente” en numerosas sentencias ampliando su formulación con la “conexión de antijuridicidad” entre otras sentencias las SSTC 54/1996, de 26 de marzo, 49/1999, de 5 de abril, 94/1999, de 31 de mayo, 171/1999, de 27 de septiembre, 238/1999, de 20 de diciembre, 8/2000 de 17 de enero, 136/2000, de 29 de mayo, 28/2002, de 11 de febrero, 167/2002, de 18 de septiembre, 259/2005, de 24 de octubre 136/2006, de 8 de mayo, y 197/2009, de 28 de septiembre esta última resume el criterio del Constitucional al decir en su FJ 10: “si esas pruebas pueden considerarse jurídicamente independientes, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, no existe una prohibición de valoración de las mismas derivada de la Constitución.

Por su parte el TS también ha seguido esta doctrina: SSTC 1490/1998, de 26 de noviembre, 9046/2001 de 20 de noviembre, 588/2002 de 4 de abril, 498/2003 de 24 de abril, 590/2004, de 6 de mayo, 556/2006, de 31 de mayo, 594/2008, de 8 de octubre, 406/2010, de 11 de mayo, 617/2010, de 22 de junio, entre otras

⁴⁰¹ Así lo consideran, por ejemplo, GÓMEZ COLOMER. J.L: “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español : Del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato” en “*Prueba y Proceso Penal*”, Tirant lo Blanch 2008, pág 122. “ Prueba admisible y prueba prohibida...”, pág 17. CARMONA RUANO. M: “De nuevo la nulidad de la prueba, ¿Es indiferente el momento en que deba declararse? en *Revista Jueces para la Democracia*, nº 25. 1996, pág 96 MIRANDA ESTAMPRES. M: “La regla de exclusión de la prueba ilícita:”, op. cit, pág 57

⁴⁰² En resumen: El TS desestima un recurso de casación interpuesto por la autora de un delito contra la salud pública en el que, nuevamente existe una prueba de intervenciones telefónicas que adolecían de falta de motivación, se dio por válida como prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia las declaraciones de los otros coimputados y las labores de vigilancia y

independencia de que se haya conocido el mismo hecho por la prueba viciada o por las derivadas de la misma que, por lo tanto, también son ilícitas. Es decir, funciona en el ámbito de la hipótesis, supone que el nexo causal entre la prueba prohibida y la derivada se rompen cuando los hechos en los que se funda la prueba derivada hubieran sido descubiertos igualmente si se hubieran utilizado medios lícitos para ello. Ese hecho de que sea a través de una hipótesis de lo que se hubiera podido conseguir es precisamente la crítica que recibe esta excepción porque “puede basarse en meras hipótesis, suposiciones o conjeturas, no en hechos claramente probados”⁴⁰³

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 CE pues este precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal”, y justifica la negativa a aplicar ese efecto expansivo a este caso (FJ cuarto) en que: “el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del “descubrimiento inevitable” en que la prueba testifical debidamente practicada en el juicio oral y el seguimiento y la vigilancia a la que fue sometida porque: “las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubierta de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención.

La limitación del “descubrimiento inevitable” debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de “buena fe”, para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a “acelerar” por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente; buena

seguimiento realizadas por las fuerzas de seguridad que llevaron a su detención en el momento en el que estaba realizando una entrega de dinero y a cambio de unos gramos de heroína a otro coimputado

⁴⁰³ Así lo considera MIRANDA ESTAMPRES. M en MIRANDA ESTAMPRES. M: “La regla de exclusión de la prueba ilícita:..”, op. cit, pág 59, seguido por CEDEÑO HERNÁN. M : “Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional” en *Cuadernos de Derecho Público* nº 10. 2000, pág 208. ARMENTA DEU. T: “La prueba ilícita...”, op. cit, pág 122. PLANCHADELL GARGALLO. A, op. cit, pág 97. GÓMEZ COLOMER. J.L: “Prueba admisible y prueba prohibida:...” págs 19 y 20

fe que en este caso concurre pues se contaba con una autorización judicial correctamente obtenida, aún cuando el Tribunal sentenciador no la haya estimado válida por insuficiencia de motivación”. Es interesante señalar que en esta sentencia ya se hace referencia a la “buena fe” policial, se puede considerar que ya se vislumbra un nuevo argumento para evitar aplicar, no ya el efecto expansivo de la prueba prohibida, si no la propia regla de exclusión probatoria de manera directa como se verá posteriormente.

La excepción del descubrimiento inevitable es considerada por algunos autores como un perfeccionamiento de la teoría de la fuente independiente⁴⁰⁴, claramente ambas excepciones lo que pretenden es buscar una ruptura de conexión entre las obtenidas ilícitamente y las derivadas de ellas para poder desvirtuar la presunción de inocencia a través de esas pruebas desligadas de las prohibidas pero no pueden ser confundidas, así mientras que en la excepción de la “prueba jurídicamente independiente” la prueba de cargo válida se hubiera obtenido igualmente, aunque no hubiera existido la prueba contaminada, en el “descubrimiento inevitable” la prueba deriva directamente de la infracción pero con la elucubración de que esa prueba se hubiera obtenido, de no haber existido la violación, de forma independiente. Es decir, que en la “prueba independiente” no se centra la atención en el derecho vulnerado puesto que la prueba que va a servir para la condena se hubiera obtenido igualmente, mientras que en el “descubrimiento inevitable” la atención se fija en lo que hubiera podido pasar si no se hubiera cometido la ilegalidad y si se llega a la conclusión de que la prueba de cargo se hubiera obtenido igualmente aunque la infracción no se hubiera cometido estaríamos ante esta excepción y no la otra.

Para GÁLVEZ MUÑOZ. L⁴⁰⁵ la clave para diferenciar entre ambas excepciones radica en preguntarse “si la prueba cuestionada se hubiera obtenido de la misma forma de no haber mediado la violación del derecho fundamental:

- Si la respuesta es sí, sin género de dudas, nos hallamos ante una prueba “independiente” o “autónoma” en sentido estricto.

⁴⁰⁴ En este sentido GÓMEZ COLOMER. J.L: “Prueba admisible y prueba prohibida...”, op. cit, pág 19 y en “La evolución de las teorías...”, pág 123. PLANCHADELL GARGALLO. A, op. cit, pág 96.

⁴⁰⁵ GÁLVEZ MUÑOZ. L: Op.Ci,t pág 197

- Si la respuesta es “probablemente sí”, pero con margen para la duda, sin descartar que la prueba se haya obtenido gracias a la lesión del derecho, entramos en el terreno de la excepción de “descubrimiento probablemente independiente”
- Si la respuesta es que no, sin más, la prueba es “derivada” sin posibilidad de sanación
- Si la respuesta es que no, pero con la advertencia de que, de no haber mediado la violación la prueba se hubiera obtenido con gran probabilidad de forma independiente, opera la excepción de “descubrimiento inevitable.”

Nos encontramos con una excepción de marcado carácter subjetivista que deja al capricho de los juzgadores su aplicación o no al constituir una construcción mental de lo que hubiera podido pasar con independencia de la vulneración de un derecho, se deja al criterio judicial la conexión que pueda existir entre la prueba original y la derivada sin argumentación procesal de peso.

1.3- El Hallazgo Casual

Nuevamente es el TS el que se encarga de formular otra de las excepciones sobre la base de la ruptura del nexo causal entre la prueba originaria y la derivada, se puede pensar que el hallazgo casual no constituye una verdadera excepción a la prueba prohibida al considerarse que al ser una información obtenida de manera imprevista no forma parte de la prueba original, no existiría nexo causal entre una y otra, sin embargo, desde nuestro punto de vista, la relación causal se produciría desde el mismo momento en el que al adoptar una medida restrictiva de derechos (bien sea un registro domiciliario, unas intervenciones telefónicas, de correspondencia o cualesquiera otras derivadas de las nuevas tecnologías) se obtienen informaciones, adyacentes o independientes, que suponen la existencia de un nuevo tipo delictivo. La relación entre ambos momentos hecho-consecuencia es indudable puesto que sin la primera medida de investigación no se hubieran obtenido los resultados que derivan en el efecto del conocimiento de un nuevo hecho delictivo.

En la jurisprudencia se ha tratado en numerosas ocasiones el problema del hallazgo casual pero es en la La STS 1313/2000, de 21 de julio⁴⁰⁶, donde se relaciona el hallazgo causal con la prueba prohibida. Se puede considerar que es una variación de la teoría del “descubrimiento inevitable”⁴⁰⁷ pero no se puede confundir con ella puesto que en el “descubrimiento inevitable” se trata de que la prueba, generante de duda sobre su ilicitud, hubiese sido descubierta igualmente si los medios utilizados para ello hubieran sido lícitos, es decir, que tarde o temprano se hubieran descubierto por medios lícitos, mientras que en el “hallazgo causal” el fundamento reside en que el hallazgo de efectos delictivos no estaba directamente relacionado con la investigación en curso pero que al ser descubiertos son totalmente lícitos. En este sentido VELASCO NÚÑEZ. E considera que: “la limitación del descubrimiento inevitable precisa de actuaciones en curso lícitas encaminadas a probar el delito, lo que nunca se da en lo que se encuentra por mero azar y casualidad”⁴⁰⁸.

No es fácil determinar si ese hallazgo causal es lícito o no puesto que en el trascurso de una investigación si se realizan diligencias restrictivas de derechos (intervenciones telefónicas, entrada y registro etc...) se harán bajo una autorización judicial dictada exclusivamente a ese efecto, por lo que si se encuentran con algún material probatorio ajeno a lo que en realidad es el objeto de la investigación queda la duda de si está amparado por las garantías procesales prestadas en el inicio, sobre todo cuando el nuevo hallazgo se vincula con la comisión de un nuevo delito. La solución no es fácil, así para ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER. S la solución pasaría por detener la diligencia en curso y comunicárselo a la autoridad judicial solicitando una ampliación del Auto que diera cobertura a la nueva sospecha ⁴⁰⁹, sin embargo para MARTÍN GARCÍA. P “los hallazgos casuales constituyen pruebas ilícitas, no pudiendo siquiera servir de punto de partida para investigaciones posteriores, debiendo así resolverse el contencioso entre las exigencias de la justicia material y la protección del marco jurídico

⁴⁰⁶ En resumen: Se trata de un caso de delito contra la salud pública (tráfico de drogas) en el que se conoce la prueba independiente de una manera totalmente fortuita mediante una interceptación telefónica realizada en otra causa

⁴⁰⁷ GÓMEZ COLOMER. J.L.: “La evolución de las teorías...”, op. cit, pág 126

⁴⁰⁸ VELASCO NÚÑEZ. E.: “Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España) en *Revista General del Derecho*, nº. 624. 1996, pág. 10.173.

⁴⁰⁹ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER. S: “Los descubrimientos causales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)” en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje. Riedpa.com* nº 2. 2011. <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA21101.pdf>, pág 52

de garantías del individuo a favor de éste, pues nos parece fuera de toda duda, en el marco de un Estado democrático, que no puede haber justicia material al margen del respeto y protección del marco constitucional y legal de garantías del ciudadano”⁴¹⁰ y para LÓPEZ-FARRAGOSO ÁLVAREZ. T “el aprovechamiento de estos hallazgos fortuitos, sobre la base de los arts. 579 y 11.1 LOPJ”, sólo serán utilizables en aquellos casos “en que el grado de conexión objetiva/subjetiva entre el hecho descubierto y el investigado posea un mínimo determinado”⁴¹¹.

La jurisprudencia ha exigido una serie de criterios para evitar que el descubrimiento casual peque de ilicitud y se convierta en prueba prohibida⁴¹², así se exige:

- 1- Que esos hallazgos estén presididos por el principio de la Buena Fe, es decir, que la medida restrictiva de derechos haya sido adoptada conforme a la ley, especificando aún más a través de la distinción entre si los hechos tienen conexión con los investigados inicialmente los hallazgos tendrán efecto tanto en la investigación como posteriormente en la prueba o si por el contrario los hechos no tienen conexión y aparentemente tienen una gravedad penal que permite la admisión de adopción de la medida restrictiva de derechos, se utilizará como *notitia criminis* deduciéndose testimonio y remitiéndose según las normas de competencia y reparto para el inicio de la nueva investigación.
- 2- Que exista flagrancia delictiva, que sea algo inesperado para el instructor pero con la fuerza suficiente como para ser evidente y servir posteriormente como prueba de cargo
- 3- Que el hallazgo se haya producido durante el transcurso de la adopción de una medida restrictiva de derechos y libertades fundamentales y que, por supuesto, sea una medida legítima (adoptada por un juez competente, de naturaleza jurisdiccional y proporcional al delito grave con la pena grave con transcendencia social, todo ello se desprende de las informaciones encontradas.

⁴¹⁰ MARTIN GARCIA. P., en Hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro. Prueba ilícita. En TSJ y AP: Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales. Aranzadi, 2000, Tomo V, Volumen V: Estudios e índices, pág. 401.

⁴¹¹ LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ. T. “Las intervenciones telefónicas en el proceso penal”, Ed. Colex, 1999, págs. 92 y ss.

⁴¹² Entre ellas la STS 25/2008, de 29 de agosto, 818/2011, de 21 de julio o 377/2018, de 23 de julio

Lo cierto es que la jurisprudencia ha seguido un criterio que permitía utilizar esa información hallada casualmente⁴¹³, y eso llevó al legislador a introducir en la LECrim, a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y a regulación de las medidas de investigación tecnológica, los arts. 579 bis, relativo a la utilización de la información obtenida derivada de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, y el 588 bis i) referente a las informaciones de hallazgos casuales derivadas de las medidas de investigación: interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, utilización de dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos⁴¹⁴.

La importancia de esta nueva regulación es crucial para la prueba prohibida, y en particular para la excepción del hallazgo casual, puesto que introduce una línea continuista con la jurisprudencia consolidada que permite afirmar la práctica desaparición de la excepción al contar con una regulación detallada y específica que establece los requisitos exigidos para evitar recaer en ilicitud: deducción de testimonio de particulares para la acreditación de la legitimidad que contenga los antecedentes, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y sus posteriores peticiones y prórrogas. Autorización posterior por parte del juez competente en la que se motive que ha sido imposible haber solicitado la medida en la autorización inicial.

1.4- El Nexo Causal Atenuado

Esta excepción sí admite el nexo causal entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada lo que pasa es que se considera que el nexo es tan débil, tan tenue que se permite admitir la prueba derivada como válida.

⁴¹³ Ejemplo de ello son las SSTS 465/1998, de 30 de marzo o 981/2003, de 3 de julio que admiten la tendencia jurisprudencial de admitir los hallazgos causales. Igualmente la STC 41/1998, de 24 de febrero se hace eco de esa tendencia.

⁴¹⁴ Vid. Apdo. III de este Capítulo

FIDALGO GALLARDO. C⁴¹⁵, teniendo en cuenta la jurisprudencia norteamericana, ha establecido unos criterios para determinar cuando se atenúa la conexión entre la prueba ilícita y la derivada: El tiempo transcurrido entre que se produjo la ilegalidad y la obtención de las pruebas derivadas, a mayor tiempo transcurrido hay más posibilidades de que el Tribunal admita la prueba derivada. Los acontecimientos ocurridos entre la obtención de ambas pruebas, si entre una y otra han ocurrido muchos acontecimientos o actuaciones será más fácil que la prueba derivada no esté contaminada y por lo tanto sea admitida. La gravedad de la violación originaria, cuanto más grave sea más envenenada estará la prueba derivada y, por lo tanto, más difícil será que sea admitida y la naturaleza de la prueba derivada, por ejemplo si se trata de una prueba personal como la confesión del sospechoso prestada con todas las garantías en la que rige la voluntariedad es más fácil que se admita que si se tratara de una prueba material.

La jurisprudencia ha recogido esta excepción en sentencias como la STS 60/1997, de 25 de enero, en cuyo FJ 2 dice: “limitaremos nuestro análisis, a la comprobación de si existen pruebas que, consideradas de forma aislada y al margen de prueba fuente u originaria, pudieran tener valor probatorio de cargo suficiente para impedir los efectos protectores de la presunción de inocencia. El hecho básico sobre el que se construye la condena, es absolutamente independiente y está totalmente desconectado de las averiguaciones realizadas a partir de las escuchas telefónicas declaradas nulas”.

1.5- La Conexión de Antijuridicidad

La sentencia del TC 81/1998 de 2 de abril instauró esta excepción que recae sobre el efecto reflejo de la prueba contaminada, en este caso constituida una vez más por unas intervenciones telefónicas realizadas con motivo de la investigación de un delito contra la salud pública, en la que se argumenta que no es suficiente la existencia de una relación causal entre la prueba originaria y la derivada sino que precisa además una conexión de antijuridicidad.

⁴¹⁵ FIDALGO GALLARDO. C, op. cit, págs 440 a 442

El concepto de conexión de antijuridicidad es complejo y lleno de matices poco claros, así, y a modo de ejemplo, la STC 197/2009, de 28 de septiembre, contempla en su FJ 10 que “Ahora bien, en el presente caso y como ha quedado reflejado en los antecedentes, las resoluciones judiciales impugnadas destacan que el resultado de las intervenciones telefónicas no fue utilizado por el órgano judicial de instancia para fundamentar la condena, ante la imposibilidad de llevar a cabo la audición de las cintas en el acto del juicio, solicitada por la defensa, por haberse extraviado. Son otra serie de diligencias (seguimientos y vigilancias policiales, entradas y registros domiciliarios, registro de la furgoneta en la que se había observado al recurrente introducir unos fardos pesados sacados de un almacén y un cubo de color blanco con tapa azul, incautación de la droga), cuyo resultado accede al proceso a través de las declaraciones de los funcionarios policiales que las practicaron, junto a las declaraciones de dos coimputados, las que constituyen la prueba de cargo en la que se fundamenta el relato de hechos probados. Unas pruebas que, en sí mismas, no adolecen de ninguna ilicitud constitucional, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas habrá que determinar si entre ellas y las anuladas por vulneración del art. 18.3 CE existe tanto una conexión natural o causal (que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida) como lo que hemos denominado "conexión de antijuridicidad", esto es, la existencia de un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas. De lo contrario, si esas pruebas pueden considerarse jurídicamente independientes, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, no existe una prohibición de valoración de las mismas derivada de la Constitución”⁴¹⁶.

Hay que tener en cuenta que el TC en esta sentencia liga los derechos fundamentales sustantivos a las garantías procesal, lo que significa que el cánón de validez de las pruebas pasa a ser el proceso debido, la inadmisión de las pruebas se

⁴¹⁶ En el mismo sentido las SSTC SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 139/1999, de 22 de julio, FJ 5; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 15; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 9; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 6; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 7.

Otras sentencias que aplican la conexión de antijuridicidad: SSTC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 6; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 6; 259/2005 de 24 de octubre, FJ 7, entre otras

incardina dentro del aspecto procesal que forma parte de todo derecho fundamental sustantivo.

Esta sentencia fue acogida por la del TS en varias de sus sentencias como en la STS 320/2011, de 22 de abril en la que se diferencia la conexión natural, aquella en la que la prueba refleja deriva de una forma empírica de la que se ha declarado nula (la sentencia pone como ejemplo el hallazgo encontrado en un registro nulo que será también nulo porque “deriva naturalmente de la progresión natural de las cosas”), y la conexión jurídica que “la conexión se predica de la secuencia propia de los derechos en juego (por ejemplo, el temor, coacción o violencia, utilizados en el curso de una declaración de un imputado impide valorar lo que haya respondido al ser de tal forma interrogado, sin que esto se derive naturalísticamente de tal acción). Aquí, pues, se predica la conexión jurídica de otra acción, que no supone necesariamente la natural consecuencia de su antecedente” FJ 3.

El propio TS distingue dos etapas jurisprudenciales en torno al efecto reflejo de la prueba prohibida: Una anterior a la STC 81/1998, de 2 de abril, en la que se otorgaba la máxima protección a los derechos fundamentales que garantiza la Constitución a través de la extensión de la prohibición de valoración a las pruebas derivadas de las obtenidas ilícitamente y cuyo fin consistía en que, por una parte, la prueba prohibida originaria no pudiera tener efecto alguno en el proceso y, por otra parte, se consiguiera el efecto disuasorio de evitar conductas contrarias a la Constitución por parte de los agentes que llevan a cabo la investigación.

Una segunda etapa posterior a la STC mencionada en que se lima la rigidez del efecto expansivo y se flexibiliza con la doctrina de la conexión de antijuridicidad, exigiendo para declarar la nulidad de la prueba derivada una conexión jurídica basada en unos parámetros complejos como la naturaleza y características de la vulneración del derecho en la prueba originaria, su resultado final (el control judicial, la proporcionalidad etc) exigidos como perspectiva interna y la necesidad de tutela del derecho fundamental menoscabado en función de las circunstancias concretas de cada caso como perspectiva externa (el grado de intencionalidad de los agentes)⁴¹⁷

⁴¹⁷ A dichas etapas hacen mención las SSTS 811/2012 de 30 de octubre, FJ 5 y 6, y 511/2015, de 21 de julio, FJ 6 y 7, corroborado por la STS 2/2018 de 9 de enero en su FJ 6 en el que, además, se reconoce que la prohibición de valoración se extiende a “las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas” salvo que concurra la conexión de antijuridicidad, es decir, que incluye la utilización de las informaciones de las que se hubiera podido

Es la excepción que más ha sido criticada por la doctrina e incluso por la jurisprudencia en algún voto particular, algunos autores⁴¹⁸ coinciden en que el art. 11.1 de la LOPJ recoge la doctrina sentada por la jurisprudencia norteamericana relativa a la teoría de los frutos del árbol envenenado pero que el TC tuvo que restringirla debida a la presión social, que la influencia de la jurisprudencia norteamericana se sobrepuso a la propia Constitución y a la LOPJ sin tener en cuenta que el fundamento norteamericano es la prevención de los abusos policiales y no la salvaguarda de derechos fundamentales.

MIRANDA ESTAMPRES. M⁴¹⁹ considera que con la conexión de antijuridicidad no sólo se niega la eficacia de la prueba refleja de la prueba ilícita si no también la propia aplicación de la regla de exclusión.

MUÑOZ CONDE. F⁴²⁰ advierte del peligro de que con esta excepción el art. 11.1 de la LOPJ se pueda convertir en una declaración meramente simbólica sin efecto práctico ni preventivo

PLANCHADELL GARGALLO. A⁴²¹ considera que los términos vagos e imprecisos en los que se ha formulado esta teoría abre la posibilidad a que se introduzcan otras excepciones, en concreto la de la buena fe

Incluso el TS se ha mostrado cauto en la aplicación de esta excepción señalando que “es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada “conexión de antijuridicidad” (...), pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de

tener conocimiento a través de la obtención de una prueba ilícita y concluye que su exclusión debería ser la norma general puesto que “Prohibir el uso directo de los medios probatorios ilícitos y permitir su aprovechamiento indirecto, vacía la norma de contenido efectivo, pues la utilización de procedimientos inconstitucionales acaba indirectamente surtiendo efecto”

⁴¹⁸ DIAZ CABIALE. J.A; MARTÍNEZ MORALES. R: “La teoría de conexión de antijuridicidad” en *Jueces para la Democracia nº43, 2002* págs 39 y ss, en particular estos autores dicen que la finalidad de la conexión de antijuridicidad reside en la creación de otras excepciones “Y resulta que en esta fase de la construcción de la conexión de antijuridicidad no es que se admitiesen ciertas excepciones, si no que la garantía está destruida casi por completo: por un acto de puro voluntarismo se han salvado las pruebas ilícitas directas (que son tan independientes jurídicamente como las indirectas), pero la suerte de las indirectas, en este momento, está echada. Hay que seguir alimentando a la criatura, la conexión de antijuridicidad, para que no se admitan todas las pruebas indirectas y, por ende, se elimine absolutamente el efecto reflejo”, págs.s 45 y 46. ASECIO MELLADO. JM: “La teoría de conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de los derechos fundamentales” en *Jueces para la Democracia nº 66. 2009*, pág 85 y ss.

⁴¹⁹ MIRANDA ESTAMPRES. M: “La regla de exclusión de la prueba ilícita:..”, op. cit, págs 59 y 61

⁴²⁰ MUÑOZ CONDE. F, op. cit, pág 101

⁴²¹ PLANCHADELL GARGALLO. A, op. cit, pág 134

contenido efectivo la disposición legal expresa preveida en el art. 11.1º de la LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985”⁴²²

La interpretación realizada por el TC en su sentencia 81/1998, de 2 de abril, supone en la práctica la “quasi desaparición de la eficacia refleja de la prueba ilícita en nuestro proceso penal”,⁴²³ desde su formulación la mayoría de las resoluciones, tanto del TC como del TS, se han amparado en ella para no reconocer la eficacia refleja de la prueba prohibida.

Esta excepción es la que más daño ha causado a la eficacia refleja de la regla de exclusión, en primer lugar porque su formulación artificiosa e imprecisa ha dado cabida a otras excepciones más arbitrarias y que terminan no sólo con la eficacia refleja si no con las propias pruebas prohibidas directas como ocurre con la excepción de la buena fe, o la confesión voluntaria del inculpado en el plano de las reflejas.

En segundo lugar porque con la argumentación del TC sobre la consideración de que el derecho vulnerado con la prueba prohibida es el de un proceso con todas las garantías se deja el derecho a la presunción de inocencia en un segundo plano que puede sobrevivir a la existencia de la prueba contaminada lo que significa que otras pruebas sean consideradas válidas y suficientes para constituirse de cargo y conseguir condenas

1.6- La Confesión voluntaria del imputado

Para el Tribunal Constitucional la confesión voluntaria del inculpado, previa advertencia de sus derechos y prestada con todas las garantías legales, constituye prueba de cargo suficiente para subsanar la prueba que hubiera sido obtenida con violación de

⁴²² STS 1203/2002, de 18 de julio. FJ 3, es la sentencia más significativa respecto a la prudencia que mantiene el TS en la aplicación de la excepción de la conexión de antijuridicidad. En la misma línea las SSTs 58/2003, de 22 de enero, FJ 3; 1451/2003, de 26 de noviembre, FJ 11; 821/2012, de 31 de octubre, FJ 13

⁴²³ PLANCHADELL GARGALLO. A, op. cit, pág 124; ARMENTA DEU. T: “La prueba ilícita..”, pág 105; LÓPEZ-BARAJAS PERA. I: “La prueba ilícitamente obtenida y su eficacia refleja” en *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 708, 2006, pág 1. MARTÍ SÁNCHEZ. N: “La llamada “prueba ilícita” y sus consecuencias procesales” en *Actualidad Penal* nº 7, 1998, págs 154 y ss. MIRANDA ESTAMPRES. M: “La regla de exclusión..”, op. cit, pág 59

derechos fundamentales, considerando que es independiente por la voluntariedad de su realización, que esa voluntariedad rompe el nexo jurídico que las une.

La STC 86/1995 de 6 de junio, la primera que recoge esta excepción, dice en su FJ4: “la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención. En este sentido, para determinar si la declaración confesoria del imputado se ha producido en condiciones de poder ser aceptada, y basar en ella una condena penal, deben tenerse en cuenta los diversos factores concurrentes en cada caso, de entre los que cabe destacar en el sometido a la consideración de este Tribunal si se hicieron al detenido las advertencias legales, si fue informado de sus derechos y si en la declaración estuvo presente un Abogado encargado de asistirle. Asimismo, debe tenerse en cuenta la proximidad temporal entre la confesión y la ocupación ilegal, pues resulta evidente que la voluntariedad de la confesión se encuentra comprometida, en mayor medida, cuando al confesante no se le ha advertido, previamente, que podía negarse a declarar, especialmente si la autoincriminación se produce, como sucede en el presente caso, inmediatamente después de conocer el resultado de la intervención ilegal”⁴²⁴.

⁴²⁴ También en las SSTC 54/1996, de 26 de marzo, 161/1999, de 27 de septiembre en cuyo FJ 2 explica de una forma muy esclarecedora:

“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 CE. La misma garantía concurre si se presta en el juicio oral como medio de prueba frente a una pretensión de condena, ex. art. 24.2 CE. Ambas garantías constituyen un eficaz medio de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima y, por ello, el contenido de las declaraciones del acusado, y muy singularmente, el de las prestadas en el juicio oral, puede ser valorado siempre como prueba válida, y en el caso de ser de cargo, puede fundamentar la condena.

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 86/95 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

Esa doctrina fue recogida posteriormente en otras sentencias como la STC 161/1999, de 27 de septiembre, en la que la conexión de antijuridicidad trae como consecuencia el interrogante de si la valoración de la confesión del acusado, obtenida posteriormente a la obtención de pruebas ilegales, como resultado directo de la lesión de un derecho fundamental y, por lo tanto existe una conexión de antijuridicidad entre ambos, o si por el contrario se rompe ese nexo causal y, como consecuencia de ello, se admite dicha confesión al no considerar que derive de la ilicitud. Igualmente esa teoría fue refrendada por numerosas sentencias posteriores como las SSTC 239/1999, de 20 de diciembre, 8/2000 de 17 de enero, 136/2006, de 8 de mayo, 99/2009, de 20 de abril y 128/2011, de 18 de junio en las que la aplicación de esta teoría se hace de manera automática, como regla general y sin necesidad de justificación.

El TS por su parte ha seguido una línea variable, desde las primeras sentencias posteriores a la inicial marcada por el TC, la STC 86/1995 de 6 de junio, en las que seguía “a pies juntillas” la doctrina del Constitucional⁴²⁵, y considerado válidas las declaraciones autoinculporias cuando se hayan producido posteriormente a que el Juez haya declarado la nulidad de la diligencia vulneradora de la Constitución⁴²⁶ o cuando

(declarar sin Letrado, en situación de privación de libertad, o sin previa advertencia de la posibilidad de callar), pero no es éste el supuesto que aquí abordamos”.

En el mismo sentido las SSTC 8/2000, de 18 de febrero; 184/2003, de 23 de octubre; 136/2006, de 8 de junio y 49/2007, de 12 de marzo

⁴²⁵ SSTC 526/1995, de 7 de abril; 1.131/1997, de 23 de septiembre; 1/2006, de 9 de enero o 926/2006, de 6 de octubre entre otras. Interesante es el voto particular del Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez en la STS 1/2006, de 9 de enero en el que, tras considerar que toda actuación del ius puniendi del Estado sin respetar las normas constitucionales establecidas para ello es ilegítima y, por lo tanto también lo es toda la información de contenido incriminatorio que, directa o indirectamente hubiera tenido algo que ver con esa vulneración, critica duramente la teoría de la conexión de antijuridicidad diciendo:

“Por las razones expuestas, es claro que la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad supone una reformulación del art. 11,1 LOPJ . Pues, en efecto, al enunciado que prescribe imperativamente: "No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales", mediante ese imaginativo criterio de lectura, se le hace decir: "Las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, surtirán efecto, salvo que...". De donde se sigue, como bien ilustra la practica actual de los tribunales, que la regla legal pasa a ser excepción jurisprudencial. Algo que según los cánones ordinarios de interpretación es rigurosamente inaceptable” y continúa diciendo, como corolario a su opinión, que: “vigente el art. 11,1 LOPJ , cuando se excluye su aplicación mediante interpretaciones tan forzadas como la que se expresa en la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad, por la sola razón pragmática de evitar situaciones concretas de impunidad, se pierde de vista que, al mismo tiempo, se otorga un marchamo de regularidad constitucional y legal a actuaciones policiales y judiciales de escasa o ninguna profesionalidad, que objetivamente no lo merecen. Lo que equivale a estimular su reiteración y a difundir por vía jurisprudencial un mensaje demoledor en el plano de la cultura de jueces y policías: que puede valer igual lo mal hecho que lo realizado con rigurosa observancia de las normas dadas en garantía de los derechos fundamentales.”

⁴²⁶ STS 369/1999, de 13 de marzo

resulte acreditado que la confesión se ha realizado cuando el imputado era consciente de la posible anulación de la diligencia inconstitucional y de los efectos de esa declaración⁴²⁷, hasta las más recientes en las que se muestra reticente a acortar las garantías catalogando a la prueba de la confesión voluntaria del inculcado como prueba “diferente”, así la STS 403/2005, de 23 de marzo, en su FJ 4 dice: “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” y continúa haciendo una crítica a la doctrina de la conexión de antijuridicidad utilizada por el TC diciendo que “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 ar. 11.1º de la LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985”.

En otras sentencias se desmarca igualmente del criterio establecido por el Constitucional por entender que los efectos indirectos de la prueba nula se extienden a toda información obtenida al hilo de la prueba ilícita y, por lo tanto, se incluye el interrogatorio ya que existe un hilo conductor entre la prueba ilícita y las manifestaciones del inculcado que constituye una verdadera causalidad jurídica al ser actuaciones producidas en un marco jurídico-formal basado en decisiones judiciales, infractoras de la Constitución, que continuaron desplegando sus efectos en actuaciones posteriores.⁴²⁸

Por último el TS ha seguido, en su variabilidad, una postura intermedia en la que reconoce la validez de la confesión autoinculpatoria siempre y cuando se den unos requisitos⁴²⁹:

- 1- La desconexión de antijuridicidad tiene carácter excepcional
- 2- La declaración debe practicarse ante el juez previa información al inculcado de sus derechos constitucionales, en particular del derecho a no confesarse culpable

⁴²⁷ SSTS 1451/2003; de 26 de noviembre y 370/2008, de 19 de junio

⁴²⁸ Ejemplo de ello las SSTS 23/2003, de 17 de enero y 58/2003, de 21 de enero

⁴²⁹ SSTS 406/2010, de 11 de mayo ; 529/2010, de 24 de mayo ; 617/2010, de 22 de junio ; 1092/2010, de 9 de diciembre ; y 91/2001, de 18 de febrero y 316/2011, de 6 de abril, entre otras

y a no declarar contra sí mismo, con posibilidad de guardar silencio o de no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulan.

- 3- El imputado debe de estar asistido de letrado en la declaración
- 4- Cuando preste la declaración en que se admiten los hechos no tiene que estar vigente el secreto de las actuaciones, ya que ello limitaría el derecho de defensa
- 5- Debe tratarse de una declaración voluntaria y espontánea
- 6- No han de ser declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho punible descubierto mediante la diligencia o actuación procesal que luego se declara constitucionalmente ilícita. Ha de concurrir por tanto cierto distanciamiento en el tiempo entre la fecha de la acción delictiva (y, en su caso, la detención) y la admisión por el imputado de la ejecución del hecho delictivo, como forma de garantizar la espontaneidad y voluntariedad de la declaración.

De todo lo expuesto relativo a esta excepción se puede concluir que, bajo la justificación y amparo de la teoría de la conexión de antijuridicidad y en relación con la prueba jurídicamente independiente, la confesión voluntaria del imputado se ha convertido en una de las excepciones más controvertidas y sin apoyo unánime ni por parte de la doctrina ni por parte de la jurisprudencia del TS, pese a que el TC ha seguido manteniendo su postura de otorgar validez a la misma como causa de ruptura de la conexión de antijuridicidad.

Hay que tener en cuenta que, en la práctica, en la mayoría de las ocasiones en las que se produce la confesión del sujeto acusado criminalmente de un delito, las circunstancias que giran en torno a su declaración denotan una gran presión psicológica por los hallazgos de evidencias que podrían conseguir su condena, de lo que se deduce que son factores internos del propio acusado los que intervienen en la obtención de esa prueba, en contra del criterio del TC que considera que la validez de la confesión “no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones extenas y objetivas de su obtención”⁴³⁰ justificando ese criterio con la necesidad de que sea voluntaria sin coacciones ni intimidación.

Como segundo aspecto a destacar, la práctica también ofrece numerosos impedimentos a la hora de reunir los requisitos jurisprudenciales para dotar de validez a una confesión autoinculpatória: La existencia, en la mayoría de los casos, del secreto

⁴³⁰ STC 86/1995, de 6 de junio, FJ 4 y STC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4.

sumarial de las actuaciones, la poca disponibilidad temporal de la defensa para indagar sobre las actuaciones llevadas a cabo por los investigadores, la dirección de la investigación por parte de otro Juzgado de Instrucción (en el caso en el que la detención se realice por el Juzgado de Guardia), etc..hace prácticamente inviable que a la hora de reconocer los hechos se realice de forma debidamente informada.

2- EXCEPCIONES QUE AFECTAN A LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA PRUEBA PROHIBIDA

2.1- La Buena Fe

En cuanto a las que inciden directamente sobre la prueba prohibida se sitúa la excepción de la buena fe de los que actuaron en la investigación. Esta excepción tiene su fundamento en el efecto disuasorio proclamado por la doctrina de la Corte Suprema de EEUU, si la prueba prohibida existe para evitar que los agentes policiales tengan conductas arbitrarias y excesivas durante la investigación, disuadiéndoles de realizar actos ilícitos, la buena fe supone que ya no existe esa necesidad de disuasión al estar los agentes actuantes en la creencia de que obraban conforme al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no tiene sentido aplicar la regla de exclusión

La STC 22/2003, de 11 de febrero, en un caso de violencia de género, acogió esta excepción admitiendo como prueba de cargo un arma de fuego obtenida en un registro domiciliario, únicamente con la autorización de la esposa del imputado, argumentando que los agentes actuaron en todo momento en la creencia de que practicaban el registro de acuerdo con el ordenamiento jurídico y el tribunal no apreció dolo o culpa en su comportamiento. En este caso el TC calificó a la prueba prohibida como “un remedio impertinente y excesivo”, sembrando el germen para la utilización de esta excepción en futuros supuestos.

No obstante anteriormente, ya se iba perfilando la posibilidad de considerar la “buena fe” de los agentes actuantes en la obtención de la prueba como posible causa de evitar la aplicación de la regla de exclusión probatoria por el TS, así la STS 974/1997, de 4 de julio, señalaba (FJ 4) como justificación a la excepción del descubrimiento

inevitable la buena fe policial: “La limitación del "descubrimiento inevitable" debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de "buena fe", para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a "acelerar" por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente; buena fe que en este caso concurre pues se contaba con una autorización judicial correctamente obtenida, aún cuando el Tribunal sentenciador no la haya estimado válida por insuficiencia de motivación”⁴³¹.

Si bien esta excepción no se ha aplicado nunca por parte de la Jurisprudencia española en exclusividad sino que ha sido como “acompañamiento” justificativo de otras sí ha sido reconocida como tal, ejemplo de ello está en la STS 116/2007, de 23 de febrero, (caso Falciani)⁴³² en la que se reconoce como doctrina de las últimas décadas la excepción de la buena fe como uno de los fines para restringir el automatismo de la regla de exclusión, reconociendo en su FJ 6 que “La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito”, y ese es el verdadero problema de la excepción de la buena fe: el hecho de que el fundamento de la regla de exclusión probatoria se encuentre en el efecto disuasorio, muy alejado del fundamento constitucional del respeto a los derechos fundamentales (copia de la doctrina estadounidense).

En este punto conviene preguntarse: ¿En algún momento la Jurisprudencia española basará la exclusión de la aplicación del art. 11.1 de la LOPJ en la buena fe policial como única argumentación? Evidentemente no se puede dar una respuesta contundente al interrogante puesto que se trata de un futuro pero razones de lógica constitucional y procesal invitan a pensar en una respuesta negativa.

Es cierto que poco a poco nuestros Tribunales han ido “desconstitucionalizando” la regla de exclusión probatoria y ahondando cada vez más en el efecto disuasorio como su razón de existencia, pero también es cierto que el fundamento de la prueba prohibida en España difiere bastante del fundamento de la *Exclusionary Rule* estadounidense⁴³³,

⁴³¹ En el mismo sentido y en relación con la excepción del hallazgo causal las SSTS 1313/2000, de 21 de julio y 811/2012, de 30 de octubre que señalan que “el hallazgo casual de buena fe de indicios de un delito distinto en un registro intrínsecamente constitucional, constituye un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad”

⁴³² Vid. Cap. IV de esta obra

⁴³³ Vid. Cap. IV, apdo 1.1 de esta obra

sólo hay que recordar que la sentencia primigénia, STC 114/1984, de 29 de noviembre, le otorga esa base constitucional, y también hay que recordar el tenor literal del art. 11 de la LOPJ en su plenitud y literalidad: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Si la primera frase alude a la buena fe como presupuesto para respetar en todo tipo de procedimientos y la segunda regula la prueba prohibida (no hay que olvidar que se trata de una Ley Orgánica) se presupone que lo primero va implícito en lo segundo, es decir, que la buena fe se presupone para todos los que intervienen en un proceso, no solo penal y no solo para los agentes de policía, igualmente que se presupone, a sensu contrario, que la buena fe no puede ser una excepción a su propia regla puesto que la LOPJ la está considerando como un mandato, una exigencia, por lo tanto sería absurdo (“quasiesquizofrénico”) argumentar la inaplicación de la regla de exclusión probatoria sobre su propia base implícita.

La peligrosidad de esta excepción, en definitiva, radica no en su posible uso exclusivo (que no parece posible desde la perspectiva actual), sino en su propia argumentación para justificar la ausencia de conexión, madre de todas las excepciones, no de la prueba originaria y la derivada por la teoría del fruto del árbol envenado sino con la propia inconstitucionalidad de la obtención de la prueba, , y así subsumir la inaplicación de la prueba prohibida a criterios subjetivos del juzgador.

2.2 La entrada de nuevas excepciones: Pruebas obtenidas por particulares y la ponderación de intereses

La jurisprudencia en su evolución ha ido un paso más allá en la quiebra de la prueba prohibida acudiendo a excepciones que se desvían totalmente de los criterios garantistas primigenios y que son reflejo por translación de los utilizados en un sistema jurídico muy diferente como es el de EEUU.

Dos sentencias recientes derivadas del mismo asunto, una del TS y la resolutoria por unanimidad del amparo promovido contra esta y que avala la doctrina sentada por la Sala de lo Penal del TS, marcan la nueva línea jurisprudencial en materia de excepciones a la regla de exclusión probatoria. La STS 116/2017, de 23 de febrero y la

STC 97/2019, de 16 de julio, ambas referidas al llamado caso Falciani⁴³⁴, aceptan y dan por válidos unos documentos obtenidos ilegalmente por un particular partiendo de la premisa de la existencia de una conexión directa entre la exclusión probatoria y la finalidad disuasoria afirmando que las pruebas obtenidas por particulares no estaban afectadas por la prueba prohibida recogida en el art. 11.1 de la LOPJ porque no estaba actuando al servicio de los poderes públicos españoles que castigan las evasiones fiscales, argumentación ésta adoptada por el TS y corroborada posteriormente por el TC pero acudiendo a la ponderación de intereses como criterio justificativo de la inaplicación de la regla de exclusión.

El hecho de que la prueba haya sido obtenida por un particular o que la obtención de la fuente de prueba esté o no preordenada a su utilización en un proceso judicial debiera ser intrascendente para nuestro ordenamiento jurídico, primero porque el verdadero fundamento, según la STC originaria 114/1984, de 29 de noviembre, es manifiestamente la protección del derecho fundamental que resulte afectado y, en segundo lugar, porque el que la fuente probatoria obtenida ilícitamente lo haya sido con o sin ánimo de aportarse a un proceso judicial penal es igualmente intrascendente ya que si finalmente se le da validez probatoria resultará que judicialmente se está subsanando o convalidando a un acto que ha vulnerado un derecho fundamental, y esto es lo que, precisamente, trata de evitar el art. 11.1 LOPJ.

Con ambas sentencias nuestros tribunales ponen de manifiesto que, en determinadas circunstancias como el evitar la defraudación fiscal, prima la eficacia procesal frente a las garantías procesales lo que supone una merma considerable del propio art. 11.1 de la LOPJ y de los derechos fundamentales recogidos en la CE que resulten afectados por esa permisividad judicial⁴³⁵.

⁴³⁴ Vid. Cap. IV de esta obra

⁴³⁵ A este respecto vid. Nuevas perspectivas sobre la prueba ilícita” en “El nuevo Proceso Penal sin Código Procesal Penal” (Ob. Col). CASTILLEJO MANZANARES. R (Dir.). Ed. Atelier. 2019

III- EL PRESENTE (II): ESPECIAL REFERENCIA A LA EXCLUSIÓN PROBATORIA EN LA PRUEBA TECNOLÓGICA

1- PARTICULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO PROBATORIO EN EL ÁMBITO DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA

Establecido el concepto de prueba hay que hacer una referencia obligada a su aspecto más actual, al referido a la era digital en la que nos encontramos y en la que una buena parte de las cuestiones litigiosas surgen o son consecuencia del mundo cibernético en el que nos movemos. La utilización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) afecta a nuestra vida cotidiana como ciudadanos de a pie pero también afecta a las funciones básicas del Estado y, por ende, a los procesos judiciales, bien por constituir el objeto del delito en sí mismo, bien por ser el medio a través del cual se comete o bien como fuente y como medio de prueba que constituye la actividad probatoria en sí misma ⁴³⁶. Así se reconoce en la exposición de motivos de la Ley 13/2015, de 5 de octubre “de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica” en cuyo apartado IV dice “La Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha podido sustraerse al paso del tiempo. Renovadas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos.

Los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática advierten de las posibilidades que se hallan al alcance del delincuente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos. Surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros. Por muy

⁴³⁶ La fuentes de la prueba electrónica hacen referencia al contenido de información obrante en un medio electrónico o a su transmisión, estas fuentes son variadas; los correos electrónicos, los documentos electrónicos, whatsapp, redes sociales, SMS, páginas web, etc.. que se contienen en dispositivos de almacenamiento y transmisión (ordenadores, teléfonos móviles, tabletas etc..) Mientras que los medios de prueba son aquellas formas en las que la información entra en el proceso.

meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales han recordado”.

La regulación por parte de la LECrim. ha sido fundamental, no sólo para hacer frente a los nuevos tipos de delincuencia sino también en lo que a prueba prohibida se refiere, la inseguridad jurídica precedente al carecer de una legislación expresa y detallada sobre la materia propiciaba que, en muchas ocasiones, las sentencias fueran absolutorias debido a que las pruebas electrónicas aportadas se obtenían con vulneración de derechos.

La prueba electrónica plantea diversos problemas debido a su complejidad, tanto en los aspectos tecnológicos y científicos como en los de orden legal y judicial, la enumeración de ellos sería extensa y prolija, destacándose su propio concepto (con el acceso a las fuentes de prueba, la cadena de custodia, la incorporación al proceso y su propia valoración) y los derechos que se ven afectados.

Si la prueba se conceptúa desde la perspectiva de búsqueda de la verdad⁴³⁷ se puede considerar que la prueba electrónica no difiere en cuanto al concepto de la prueba tradicional, la única diferencia que pudiera haber es en el adjetivo “electrónica”, es decir, no es una categoría de prueba diferente a la ya conocida tradicionalmente a través de CARNELUTTI. F, BHENTAM. J y otros autores.

El adjetivo “electrónica” tiene carácter descriptivo pero no un significado legal o normativo que diferencie a esta prueba, que seguirá siendo aquella actividad desarrollada en el proceso para llegar a descubrir la verdad, si se opta por la corriente epistémica, o lograr la certeza en el convencimiento del juzgador, si se opta por la

⁴³⁷ Vid. Cap. I de esta obra

concepción que enmarca la corriente más reciente, pero al fin y al cabo prueba⁴³⁸ con unas características nuevas que “exige de nuevos mecanismos para su interpretación”⁴³⁹.

La mayoría de la doctrina define a la prueba electrónica como aquella información de valor probatorio que está contenida o transmitida por un medio electrónico⁴⁴⁰. Para otros autores la prueba electrónica se enmarca dentro del art. 299.2 de la LEC como aquella que permite acreditar los hechos a través de “los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”⁴⁴¹ e incluso en el apartado 3º de ese mismo art. que permite cualquier otro medio de prueba que no esté incluido en los apartados anteriores, funcionando así como una cláusula residual que da entrada a cualquier otro medio que permita obtener “certeza sobre hechos relevantes” y, por último, para otros autores lo importante es la funcionalidad de la prueba electrónica, no el medio que se emplee, así si cumple la misma función que los medios tradicionales se produce una equiparación con ellos. Los hechos son de naturaleza electrónica pero acceden al proceso a través de los establecidos en la ley (interrogatorios, documentales, periciales, etc)⁴⁴².

⁴³⁸ Así lo considera RICHARD GONZÁLEZ. M, para quien la prueba electrónica hace referencia a la forma de acreditar unos hechos cuya naturaleza es electrónica pero que no necesita crear un medio nuevo de prueba para distinguirlo. RICHARD GONZÁLEZ. M: “Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido”. Ed. Wolters Kluwer. 2017, págs 51 y 52.

⁴³⁹ BUENO DE MATA. F: “Prueba electrónica y proceso 2.0”. Ed. Tirant Lo Blanch. 2014, pág 98. Este autor define la prueba electrónica como “aquel medio electrónico que permite acreditar hechos relevantes para el proceso, ya sean hechos físicos o incluso electrónicos, y que se compone de dos elementos necesarios para su existencia, los cuales determinan la especialidad de la prueba electrónica en relación al resto de medios probatorios: un elemento técnico o *hardware*, y un elemento lógico o *software*”, págs. 103 y 104.

De la misma opinión DE URBANO CASTRILLO. E que considera que tiene dos elementos que contribuyen a su formación: Uno material (el hardware) y uno lógico (el software) que es el que contiene el programa informático concreto. DE URBANO CASTRILLO. E: “La valoración de la prueba electrónica”. Ed. Tirant lo Blanch. 2009, pág 47.

⁴⁴⁰ DELGADO MARTÍN. J: “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración” en *Diario La Ley*, nº 6. Sección Ciberderecho. 2017. BORGES BLÁZQUEZ. R: “La prueba electrónica en el proceso penal y el valor probatorio de conversaciones mantenidas utilizando programas de mensajería instantánea” en *Rev. Boliv. de Derecho* nº 25. 2018, pág 540

⁴⁴¹ DE URBANO CASTRILLO. E: “La valoración de la prueba...” pág. 47

⁴⁴² PUIG FAURA. S: “La prueba pericial informática en el procedimiento civil”. Ed. La Ley. 2015, pág 269. Esta teoría denominada de “equivalencia funcional” tiene su origen en EEUU y TARUFFO lo describe como un nuevo modelo procesal en el que el proceso es el medio para alcanzar

Lo cierto es que no existe un concepto de prueba electrónica en nuestra legislación, sí existen conceptos relativos a documento electrónico como el establecido en el art. 3.5 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, que considera el documento electrónico como “la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”o en el anexo de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, en cuya letra j se recoge la misma definición que en la Ley de firma electrónica y que hace referencia al documento electrónico administrativo en su art. 29, o en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, en la que se recoge en su art. 27 la definición de documento judicial electrónico.

Si bien el concepto de prueba electrónica no varía del tradicional concepto de prueba en sí misma, sí que presenta peculiaridades y características que lo distinguen⁴⁴³ y que, a efectos de su consideración de prueba prohibida, evidencian la problemática que pueden plantear a la hora de determinar su exclusión o no del proceso: Intangibles, debido al formato electrónico en el que se encuentran y que posibilita la creación de innumerables copias lo que dificulta el reconocimiento del original. Volátiles, por lo que pueden ser modificadas. Debles, por lo que pueden ser borradas o destruido el soporte físico en el que se encuentran. Parciales, pueden estar en poder de terceras personas. Intrusivas, porque pueden afectar a los derechos y libertades fundamentales como el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones o a la autodeterminación informativa

En definitiva, si bien la LEC regula los medios de prueba, entremezclados con las fuentes de prueba, en el art. 299 y como medio en concreto en los arts. 382 a 384 (en este último se entrevé la distinción entre fuente al hablar de “... los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir **palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas**” y medio al decir “serán examinados por el tribunal por los **medios** que

los resultados que pretende la justicia civil. TARUFFO. M: “El proceso civil de “civil law”: Aspectos fundamentales” en *Revista Ius et Praxis*, 12 (1). 2006. págs. 69 a 94

⁴⁴³ PINTO PALACIOS. F; PUJOL CAPILLA. P: “La prueba en la era digital”. Ed. La Ley. 2017, pág 27

PÉREZ PALACÍ. J.E: “La prueba electrónica: Consideraciones”. <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/39084/1/PruebaElectronica2014.pdf>., pág 13.

la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar)⁴⁴⁴ y la LECrim regula los requisitos y garantías para la legitimación de la obtención de las fuentes en el Título VIII, con una prolija y exhaustiva regulación “de las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución”, incluyendo algo tan novedoso como la utilización de dispositivos de seguimiento y localización o el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información o registros remotos sobre equipos informáticos, con el fin de tener una regulación claramente garantista en lo que respecta a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución, en particular el art. 18, cuando se está realizando una investigación criminal, no existe un concepto de prueba electrónica en nuestra legislación que evite problemas interpretativos que pudieran dar lugar a confusiones en relación con la regla de exclusión probatoria.

Que exista un vacío legal en torno a lo que constituye prueba electrónica acarrea uno de los mayores problemas con los que se puede encontrar la excepción, por excelencia, a la prueba prohibida: la conexión de antijuridicidad⁴⁴⁵.

Si la excepción más utilizada por la jurisprudencia, la conexión de antijuridicidad, exige un examen interno, concretando que garantías, que índole y cuales son las características de la vulneración del derecho se ha producido y un examen externo en función de las necesidades de tutela que precisa el derecho vulnerado, para habilitar la desconexión y, en conclusión la posibilidad de valorar la prueba derivada de

⁴⁴⁴ Para fuentes y medios de prueba Vid. Ap. III. 1.1 del Cap. I de esta obra. Sobre el tema de fuentes y medios de prueba en el ámbito de la prueba electrónica hay cierta confusión. Algunos autores consideran que en el art. 299 de la LEC lo que verdaderamente se está regulando son fuentes de prueba. ABEL LLUCH. X: “La prueba electrónica”. (Ob. Col). ABEL LLUCH. X (Dir.), GINÉS CASTELLET. N. (Coord.), PICÓ Y JUNOY. J. Ed. Bosch Editor. 2011. pág 65. MONTERO AROCA. J: “La prueba en el proceso...”, op. cit., pág 488. MONTÓN REDONDO. A: “Medios de reproducción de la imagen y del sonido” en *La Prueba. Cuadernos de Derecho Judicial* núm. VII/2000. CGPJ, pág. 177. Y para otros autores ese artículo también se refiere a los medios de prueba ORMAZÁBAL SÁNCHEZ. G: “La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar o conocer datos” Ed.La Ley. 2000, pág 493.

Esa confusión ya fue apuntada por la Sentencia de la A.P de Barcelona de 2 de mayo de 2007 en cuyo FJ 3 señalaba: “Con la LEC., se regulan un conjunto de "medios de prueba" (aunque en realidad son "fuentes" de prueba) cuya característica común es la capacidad para retener palabras y/o imágenes que se desarrollaron en un momento determinado, con posibilidad de reproducirlas después, facilitándose la oralidad, la intermediación y la concentración; pero el problema que planteaban era el de su utilización, cuando no estaban previstos expresamente, en el proceso” y continúa diciendo: “Se regula pues, en la nueva LEC., la utilización de medios y soportes técnicos para la reproducción y archivo de imágenes, sonidos y datos de una manera autónoma, aun cuando no suponen propiamente nuevos "medios de prueba" independientes, sino nuevas fuentes de prueba”

⁴⁴⁵ Vid. Apto II. 1.5 del Cap. III de esta obra

la prohibida, y si la mayoría de las ilicitudes que provocan la exclusión probatoria se cometen en el ámbito del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, reino por antonomasia de la prueba electrónica, cabría preguntarse ¿hasta que punto esa dualidad de análisis interno y externo, cuya indefinición y vaguedad hacen muy difícil su alcance práctico, es aplicable a un concepto también impreciso como es el de la prueba electrónica?

La respuesta es compleja y depende de múltiples factores. La ingente cantidad de dispositivos electrónicos que pueden ser fuente de prueba (recordemos que la LEC establece un *numerus apertus* en el art. 299.2), la constante evolución tecnológica a la que están sometidos unida a su complejidad funcional (millones de datos unidos entre si) que precisa de conocimientos técnicos muy precisos, hace que el examen de requerido por la conexión de antijuridicidad, ya de por sí enrevesado, sea una tarea que al final va a depender única y exclusivamente de la voluntad del que aplique la excepción.

Como colofón señalar que la jurisprudencia del TS ha reconocido que los instrumentos de comunicación y de almacenamiento de información son “algo más que una pieza de convicción”⁴⁴⁶, consideración recogida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, en cuya Exposición de Motivos lo refiere respecto a los dispositivos de almacenamiento masivo.

1.1- Acceso a las Fuentes de Prueba. Las nuevas medidas de investigación en la LECrim.

Es evidente que las vulneraciones de los derechos fundamentales se realizan en la fase de investigación y es indudable la importancia de que las medidas de investigación de los delitos sean realizadas conforme a la Constitución para que no surjan problemas acerca de la ilicitud del material probatorio y entre en juego la prueba prohibida.

⁴⁴⁶ STS 342/2013, de 17 de abril, FJ 8 y STS 489/2018, de 23 de octubre, FJ 5.

En la actualidad el vínculo existente entre los medios de investigación y las nuevas tecnologías se torna más que necesario y conveniente no sólo en lo relativo a las nuevas formas de delincuencia (delitos informáticos, delitos ciberintrusivos, ciberterrorismo etc...), si no en también en aquellos que podríamos llamar “delitos tradicionales”. Piénsese, por ejemplo, en un robo con fuerza en el que el delincuente ha entrado, a punta de pistola, en una sucursal bancaria con el ánimo de apoderarse de los fondos allí existentes. Las investigaciones no sólo se limitarán en lo referente a la búsquedas de testigos, huellas dactilares etc, si no que se utilizarán otros medios como identificación del teléfono móvil, rastreo de llamadas, sms o watsaps que aporten datos acerca de sus planes, pasados y futuros o de la posibilidad de que existan cómplices del delito, geolocalización para saber su ubicación precisa y poder proceder a su detención, correos electrónicos para averiguar, por ejemplo, donde adquirió el arma u otros utensilios con los que perpetró el delito, personas con las que mantuvo contacto, etc.. En definitiva cualquier dato que pueda ser provechoso para la averiguación de los hechos e identificación de los presuntos culpables.

Es decir, que la tecnología no sólo es útil para los ciberdelincuentes si no que también lo es, y mucho, para los investigadores en toda clase de delitos de ahí la importancia de que esas medidas que son, normalmente, restrictivas de derechos, sean lo más garantistas posibles y respeten los derechos fundamentales del afectado por ellas sin recaer en vulneraciones constitucionales que darían al traste con toda esa labor.

Es obvio que la incidencia de las nuevas tecnologías recae, fundamentalmente, sobre el derecho a la intimidad y sobre el secreto de las comunicaciones y es ahí donde se deben de garantizar al máximo las medidas invasivas a estos derechos, también es obvio que el acceso a la información o a los datos contenidos, transmitidos o emitidos en los soportes digitales es compleja dada la heterogeneidad de los mismos y la fina línea que hay que respetar para que dicho acceso sea lícito, en este aspecto podemos decir que han existido tres etapas legislativas y jurisprudenciales, que inicialmente tienen su base en las intervenciones de las comunicaciones como germen de las nuevas tecnologías, marcadas por la evolución del garantismo:

Primera etapa: Antes de la Ley Orgánica 4/1988 de reforma de la LECrim. En esta época el único sustento legal existente que justificaba las intervenciones telefónicas era el propio art. 18.3 de la CE y su interpretación jurisprudencial, si bien se desarrollaron algunas normas que regulaban parcialmente esta medida restrictiva,

siempre en supuestos excepcionales como el régimen especial de los estados de excepción, alarma y sitio⁴⁴⁷.

La jurisprudencia era la encargada de dar las pautas sobre la forma y requisitos de adopción de la medida, muchas veces interpretando, *a sensu contrario*, que las intervenciones telefónicas fueron realizadas de forma correcta al no haber incurrido en los delitos que marcaba el C.P vigente en la época que sancionaba a los funcionarios, autoridades o agentes que interceptaran las comunicaciones telefónicas o utilizaran artilugios técnicos de escucha, transmisión o grabación sin la debida autorización judicial⁴⁴⁸

Básicamente se exigía, como únicos requisitos de licitud, la autorización y el control judicial incluida la fe pública y la reproducción de lo obtenido en el acto del juicio oral para asegurar el principio de contradicción.

⁴⁴⁷ LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, en la que se permite la suspensión del derecho reconocido en el art. 18.3 de la CE cuando esté vigente el estado de excepción (art.18) y el estado de sitio (art.32.3)

LO 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, (norma derogada) en cuyo art. 5 permitía al juez competente, bajo resolución motivada, la “observación postal, telegráfica y telefónica” a aquellas personas que pertenecieran a bandas armadas o grupos terroristas y que incidieran gravemente en la seguridad ciudadana.

LO 7/1984, de 15 de octubre, sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas (norma derogada), por la que se tipifican los delitos de escuchas ilegales en los arts. 192 bis y 497 bis del C.P vigente en ese momento

LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución (norma derogada) que recogía, en su art. 17, la “observación postal, telegráfica y telefónica”

⁴⁴⁸ STS 283/1988, de 5 de febrero. FJ 1, en esta sentencia se insiste sobre la carencia de regulación, en concreto dice que con respecto a esta prueba hay que indicar, con carácter general que: “Las relaciones de medios probatorios de las leyes de procedimiento no tienen el carácter de exhaustivas en cuanto configuran una ordenación acorde con el momento en que se promulgan. Las innovaciones tecnológicas -el cine, el vídeo, la cinta magnetofónica, los ordenadores electrónicos, etc.- pueden y deben incorporarse al acervo jurídico procesal en la medida en que son expresiones de una realidad social que el Derecho no puede desconocer. 2. Todavía más, de alguna manera dichos medios técnicos pueden subsumirse en el concepto mismo amplio, desde luego de documento en cuanto cosas muebles aptas para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado. 3. Las comunicaciones telefónicas no están efectivamente incorporadas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal por razón de la antigüedad de ésta, pero han sido objeto de regulación en los artículos 192 bis y 487 bis del Código y en la Ley Orgánica 9/84, sobre Bandas Armadas (artículos 17 y 18). Es verdad también que no hay normas específicas sobre los criterios a seguir y requisitos exigibles, pero ello afecta a su práctica como se anticipó, aunque sería altamente positiva una regulación sobre su forma de realizarse (confróntese artículo 230 Ley Orgánica del Poder Judicial , cuya remisión a una Ley futura no implica que si estas pruebas ofrecen las debidas garantías de autenticidad no puedan utilizarse). 4. Algún sector doctrinal y también algunas sentencias de las Audiencias Provinciales han tratado el tema e incluso se ha contemplado la posibilidad de una especie de reconocimiento en «rueda de voces» o de cintas magnetofónicas. El tema no es, por, consiguiente, nuevo”.

Es decir, que el art. 18.3 de la CE ya era habilitante para proceder a adoptar la medida⁴⁴⁹ sin necesidad de que existiera una norma procesal que lo desarrollara. Esta opinión también es compartida por un sector de la doctrina que considera que el mandato del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España por Instrumento de 29 de septiembre de 1979), que exige que para que las autoridades puedan realizar injerencias en el ejercicio del derecho al respeto a la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia, tiene que existir una Ley que lo regule, ya queda cumplido con el art. 18.3 de la CE y con una interpretación extensiva a los artículos existente entonces en la LECrim sobre la interceptación de la correspondencia⁴⁵⁰

Para otros autores, sin embargo, era necesario una regulación específica que recogiera los requisitos y formalidades para que la medida restrictiva fuera lícita y con las suficientes garantías⁴⁵¹.

El hecho de que no existiera regulación específica sobre la materia fue puesta de manifiesto por el TEDH en la sentencia del caso Valenzuela Contreras contra España

⁴⁴⁹ STC 22/1984, de 17 de febrero, que se refiere a la entrada y registro de domicilio pero hace alusión también al secreto de las comunicaciones. Así en el FJ 3 dice: “Por consiguiente, la autoridad judicial está investida de la suficiente potestad para otorgar las autorizaciones de entrada y registro, de la misma manera que ocurre en el apartado 3 del art. 18, donde se inviste a los Jueces de potestad para permitir el levantamiento parcial del secreto de las comunicaciones.”

STS (ROJ) 6967/1990, de 5 de octubre. Esta sentencia se refiere a unas escuchas telefónicas realizadas en el año 1986. En el FJ 3 dice que, aunque en el año 1986 no estaba vigente el art. 579 de la LECrim ni era de aplicación al caso la Ley Orgánica 9/1984 contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, la resolución judicial que acordó las intervenciones telefónicas era legítima por estar amparada por el art. 18.3. Otra cosa es que el TS casó la sentencia porque a partir de las actuaciones policiales que se encuadraron en esas escuchas telefónicas no se practicaron conforme a los principios de oralidad, inmediación, publicidad, contradicción y fe pública judicial (no declararon en el juicio los funcionarios encargados de realizar las intervenciones, ni las escuchas grabadas fueron cotejadas por un perito ni tampoco el Secretario Judicial dio fe de la veracidad de las conversaciones).

⁴⁵⁰ DE LLERA SUÁREZ- BÁRCENA. E: “El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal” en *Rev. Del Poder Judicial*, nº3, Sept. 1986, pág 16

⁴⁵¹ Así para MORENO CATENA. V la laguna de falta de regulación sobre esta materia se supliría cumpliendo una serie de garantías como la existencia de una resolución judicial que la autorice, aplicación de las normas de la LECrim sobre la observación telegráfica (que incluye la necesidad de que existan indicios de obtener por esos medios el descubrimiento de hechos relevantes para la causa y, por lo tanto, que sea en un preceso penal por delito, es decir, con diligencias penales abiertas), la comunicación de la resolución judicial a la Compañía de telefonía (decretando el secreto sumarial) y el plazo durante el cual se va a llevar a cabo la medida. Todo ello, señala el citado autor, “sin perjuicio de la conveniencia de dictar con urgencia las disposiciones conducentes que contemplen de manera específica la injerencia que supone la intervención de las comunicaciones telefónicas”. MORENO CATENA. V: “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal” en *Poder Judicial*. Núm. Especial II. 1987, págs. 157 a 160.

de 30 de julio de 1998 en la que el Tribunal de Estrasburgo analizó unas intervenciones telefónicas, realizadas con anterioridad a la reforma de la LECrim de 1988, llegando a la conclusión de que, a pesar de los esfuerzos del legislador y del Poder Judicial de España para introducir en la legislación y en la práctica las garantías que exige el Convenio, no existía en España una ley “de calidad” que exigiera los requisitos mínimos para proceder a adoptar las medidas de las intervenciones telefónicas,⁴⁵² entendiéndose por “calidad” que la ley sea asequible, es decir, que el ciudadano tenga información sobre las normas aplicables al caso, y precisa, que sus términos sean precisos para que el ciudadano pueda ajustar su conducta a ella y preveer, razonablemente, las consecuencias de su incumplimiento⁴⁵³, postura acogida por el TC en la STC 49/1996, de 26 de marzo, en la que, bajo el manto de la nulidad de las escuchas telefónicas realizadas con anterioridad a la reforma de la LECrim por ser consideradas prueba ilícita y aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, reconoce el déficit de la legislación y que ésta no se adecúa a lo estipulado en el CEDH⁴⁵⁴.

La reforma del art. 579 de la LECrim, operada por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, varió el panorama legal pero no resolvió todos los problemas.

Segunda etapa: Después de la reforma de 1988 hasta la de 2015. El art. 579 de la LECrim quedaba redactado de manera que se regulaba las intervenciones telefónicas en los apartados 2 y 3⁴⁵⁵ pero de una manera parca y escueta o, en palabras de algún

⁴⁵² El TEDH reconoce que existe un precepto en la legislación española que permite proceder a los jueces a ordenar las intervenciones telefónicas, el art. 18.3 de la CE, pero que no tenía la calidad suficiente para garantizar lo que ordena el Convenio en su art. 8.2: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Los requisitos que el TEDH consideró que le faltaban a la legislación española eran los siguientes: “Definición de las categorías de las personas susceptibles de ser escuchadas en razón de la medida, naturaleza e infracciones que puedan dar lugar a este tipo de intervenciones, límite de duración de la intervención, condiciones de establecimiento de los documentos -actas- que consignaran las conversaciones intervenidas, y utilización y borrado de las grabaciones obtenidas a través de la intervención telefónica”. CASABIANCA ZULETA. P: “Las intervenciones telefónicas en el sistema penal”. Ed. Bosch editor. 2016, págs 221 y 222

⁴⁵³ SSTEDH caso Malone vs. The United Kingdom, de 27 de octubre de 1983, apartado 66; caso The Sunday Times vs. The United Kingdom, de 26 de abril de 1979, apartado 49; caso Silver y otros vs. The United Kingdom, de 25 de marzo de 1983, apartados 87 y 88

⁴⁵⁴ FJ 5

⁴⁵⁵ “2. Asimismo, el juez podrá acordar, en resolución motivada la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicio de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa

autor el contenido es insuficiente “oscuro, contradictorio y, en fin, lamentable teniendo en cuenta la materia sobre la que incide”⁴⁵⁶

Incluso la jurisprudencia ha sido crítica con la legislación que existía antes de la reforma de 2015 al considerar que la regulación era insuficiente y dejaba muchos aspectos normativos a la interpretación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y del Poder Judicial lo que daba lugar a que, ante un cambio en el criterio jurisprudencial sobre la metodología a seguir para conseguir una prueba sobre un determinado extremo, lo que podría constituir prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia se podía convertir en una prueba ilícitamente obtenida o sin contenido porque le falta un presupuesto formal para que se la invalide como prueba o bien el método para alcanzar la convicción del juzgador sobre ese extremo⁴⁵⁷.

Hay que distinguir en este punto entre la intervención de las comunicaciones telefónicas como medio de investigación y como medio de prueba, puesto que los requisitos que se exigen para el primero son determinantes a la hora de la validez del segundo.

En cuanto a medio de investigación: El ATS de 18 de junio de 1992⁴⁵⁸ es el punto de referencia obligado en cuanto a la creación jurisprudencial que completa los

De igual forma, el juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses prorrogables por iguales periodos la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos”

⁴⁵⁶ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ. T, op. cit, pág 41. Este artículo de la LECrim ha sido duramente criticado por la doctrina en el sentido de que adolece de insuficiencia para una materia tan importante como es la restricción de un derecho fundamental. Así: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. J: “Las escuchas telefónicas y..”, op. cit., págs 181 y ss. GIMENO SENDRA. V califica a esa insuficiencia de “anomia legislativa”. GIMENO SENDRA. V: “La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas” en *Notario del Siglo XXI*. nº 39. 2011.
<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-39/697-la-intervencion-de-las-comunicaciones-telefonicas-y-electronicas-0-2863723191305737>.

NADAL GÓMEZ. I: “La intervención de las comunicaciones telefónicas” en *Tribunales de Justicia*. nº11. 2002, págs 45 y sig.

Sin embargo para otros autores, los menos, el art. 579 d ela LECrim no desvela tanta parquedad puesto que no es función del legislador prever todas las circunstancias posibles y, además, es la jurisprudencia la que tiene que realizar la tarea de interpretar e integrar su contenido. ESTRELLA RUIZ. M: “Entrada y registro, interceptación de las comunicaciones postales, telefónicas, etc” en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*. Consejo General del Poder Judicial. 1996, pág 373

⁴⁵⁷ STS 376/2018, de 23 de julio. FJ 2

⁴⁵⁸ ATS 3773/1992, de 18 de junio. Auto del llamado “caso Naseiro” en el que se anulan unas intervenciones telefónicas por falta de motivación efectiva del Auto autorizante, ausencia de control judicial respecto a la realización efectiva de la intervención del teléfono afectado, no hubo periodicidad en el control, disociación entre autorización e investigación puesto que, de la inicial autorización aparecieron otros posibles delitos que se debieron de haber puesto en comunicación al juez de instrucción autorizante, se entregaron copias no originales de las cintas grabadas, no existió proporcionalidad entre

requisitos necesarios para que la medida de intervención telefónica sea lícita constitucionalmente, requisitos de los que, por otra parte, adolecía el art. 579 de la LECrim. Este Auto estableció que tanto el art. 18.3 de la CE como el 579 de la LECrim eran la base legal para admitir nuevas medidas tecnológicas de investigación y para proceder a la intromisión en el contenido de las comunicaciones cibernéticas pero reconoció que había una escasez en la norma que tenía que ser completada con la jurisprudencia. En concreto señalaba que era imprescindible que la resolución que acordara la intervención u observación telefónica cumpliera con las siguientes condiciones: Motivación, determinación de su objeto, número o números de teléfono y personas cuyas intervenciones u observaciones se van a llevar a cabo, quiénes y cómo se van a llevar a cabo, periodos en los que se va a dar cuenta al juez de como van transcurriendo para un control de su ejecución, la determinación y la concreción, hasta donde sea posible, de la acción penal a la que se refiere para poder aplicar rigurosamente el principio de proporcionalidad y únicamente para delitos graves y por un tiempo razonable valorado por el juez.

Estos requisitos se extienden a las demás técnicas de transmisión que tengan una significación análoga.

Ya en el año 1996 se señaló por parte del TS que mientras la medida fuera adoptada mediante Auto judicial en el marco de un proceso y atendiendo a los requisitos de proporcionalidad, razonabilidad, necesidad y especialidad, se cumplía con los requisitos exigidos constitucionalmente impidiendo la apreciación de la infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y las consecuencias que de ello se derivan en virtud del art. 11.1 de la LOPJ⁴⁵⁹.

El segundo hito jurisprudencial en la materia vino de la mano de la STC 166/1999, de 27 de septiembre, que sintetizó la jurisprudencia existente hasta la fecha

la medida cautelar adoptada y la finalidad perseguida y, por último, en el Auto de autorización no se precisó en que consistía la medida ni sus límites. Todo ello dio origen a la nulidad de la prueba de las intervenciones telefónicas y, lo que es más importante, a todas las pruebas derivadas de ella.

En ese Auto se critica la indeterminación del art. 579 de la LECrim al decir que: “Sin llegar a mantener la carencia de cobertura, en sede de legalidad ordinaria, atendida la insuficiencia del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que luego se hará una más extensa referencia, respecto de las autorizaciones judiciales para la interceptación de las conversaciones telefónicas, hay que manifestar que dada la citada y grave insuficiencia de la regulación actualmente vigente, es obligado llevar a cabo una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida, utilizando la vía analógica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a la detención de la correspondencia privada y otros supuestos semejantes..”

⁴⁵⁹ STS 692/1997, de 7 de noviembre. FJ decimotercero

sobre los presupuestos necesarios para la legalidad de la medida. Así la medida de intervención de las comunicaciones sólo podría acordarse en aquellos supuestos que estén previstos legalmente⁴⁶⁰, que exista un auto judicial en el marco de un proceso⁴⁶¹, que exista un estricto juicio de proporcionalidad sobre la necesidad de adopción de la medida (que la decisión esté basada en indicios suficientes)⁴⁶², que la autorización se refiera a unos hechos y a una persona concreta (especialidad de la autorización)⁴⁶³ y, por supuesto, que esté suficientemente motivada⁴⁶⁴.

Igualmente se exigía que exista un control judicial de la medida durante su ejecución, si bien la legislación vigente en el momento tampoco establecía la forma en la que se debía de practicar ese medio de investigación siendo, nuevamente, la jurisprudencia la que marcó las pautas a seguir para evitar que la medida se convirtiera en una prueba prohibida.

Es evidente que la ejecución de la medida tiene que ser realizada por la policía judicial pero también resulta evidente que tiene que existir algún control sobre esa

⁴⁶⁰ A este respecto la STC 49/1999, de 5 de abril, en su FJ 4 marca que la reserva de ley tiene una doble función:

Por una parte asegura que los derechos de los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal que no esté debidamente autorizada por sus representantes, es decir, que exista una norma legal que habilite la injerencia, y que en el caso de la medida restrictiva de intervención de las comunicaciones esa habilitación viene determinada por el propio art. 18.3 de la CE

Por otra parte el sometimiento de los jueces al imperio de la ley, que cumplan con lo que en ella está estipulado, hace que el propio art. 18. 3 de la CE, al no recoger los requisitos y las condiciones en las que se tienen que llevar a cabo las intervenciones telefónicas, resulte insuficiente para determinar si la decisión judicial ha sido acorde con en lo deseado por el legislador.

⁴⁶¹ STS 4519/1993, de 25 de junio, ya señalaba en su FJ 5 la prohibición de autorizar intervenciones telefónicas “con carácter previo a la puesta en marcha y anotación respectiva de un determinado procedimiento de investigación penal”.

⁴⁶² SSTC 66/1995, de 8 de mayo. FJ 5, 55/96, de 28 de marzo. FJ6 en las que el TC destacó que “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”

⁴⁶³ SSTS 481/1994, de 8 de marzo y 3931/1994, de 20 de mayo que completan lo establecido en el ATS de 18 de junio de 1992 en el sentido de que establecen que no se produce una vulneración del principio de especialidad que cede cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, si no una adición o suma.

⁴⁶⁴ Existe una injente jurisprudencia acerca de la motivación de las resoluciones judiciales, en especial las referidas a aquellas limitativas de derechos, se destaca la STC 56/1987, de 14 de mayo, FJ 4, por su rotundidad en la afirmación de la necesidad de la explicación del por qué se limita un derecho: “cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una causa especial, suficientemente explicada para que los destinatarios conozcan las razones de sacrificio de su derecho”

actividad, recordemos que la jurisprudencia en los últimos tiempos ha considerado que el fundamento de la regla de exclusión probatoria se ha desconstitucionalizado y ha pasado a ser el efecto disuasorio policial⁴⁶⁵, lo que significa que a esa actividad investigadora se la tiene que dotar de cierto control judicial como garantía del respeto a los derechos que puedan verse afectados para evitar que el resultado de las investigaciones deviniera nulo.

En relación a ese control el TC ha señalado en numerosas ocasiones que forma parte del contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones cuando es necesario para garantizar su corrección y proporcionalidad⁴⁶⁶ y que el desarrollo y cese de la ejecución de la medida es indispensable para que esa restricción del derecho se mantenga dentro de los límites constitucionales⁴⁶⁷.

A pesar de ello, la jurisprudencia ha distinguido cuando la falta de control judicial constituye un vicio con transcendencia constitucional y, por lo tanto con los efectos prevenidos en el art. 11.1 de la LOPJ, cuando de mera legalidad ordinaria. Así la STS 1335/2001, de 19 de julio, referida a una supuesta trama de financiación ilegal del partido político PSOE en Andalucía mediante la obtención de comisiones por la adjudicación de obras públicas.

Los recurrentes alegaron ilicitud de las intervenciones telefónicas por falta de motivación, de proporcionalidad y de control judicial de los Autos habilitantes para proceder a la medida, por lo tanto falta de los requisitos que garantizan la constitucionalidad de las intervenciones solicitando la nulidad de las mismas conforme al art 11.1 de la LOPJ.

El TS denegó la casación solicitada declarando lícitas las escuchas telefónicas sobre el argumento de que, para sortear la falta de motivación, es suficiente con que el juez base su decisión en datos que configuren una sospecha razonable que justifiquen que se inicie una investigación con el fin de llegar a indicios fundados de la comisión del delito, de sus partícipes y de las pruebas necesarias para su acreditación, y para la proporcionalidad: “el juicio de proporcionalidad y necesidad no se sostiene en el vacío, sino que se sustenta en la sospecha objetivada, y racional de conductas delictivas que

⁴⁶⁵ Vid. Cap. IV Apto. 1.1 de esta obra

⁴⁶⁶ STC 121/1998, de 15 de junio .FJ 5

⁴⁶⁷ STC 49/1996, de 26 de marzo. FJ3. STC 86/1995, de 6 de junio. FJ 3

inquietan gravemente al cuerpo social, que avalan la adopción de la medida, la lesión del derecho fundamental, como sacrificio del ciudadano individual en contraposición al bien común y al interés general de la sociedad, alcanza plena justificación”⁴⁶⁸.

Por otra parte, la petición de nulidad de las escuchas por parte de los recurrentes, debido a la falta de control judicial de la medida al haberse decretado prórrogas de Autos ya existentes o nuevas intervenciones sobre la base de lo que constaba en las cintas grabadas que no eran originales sino copias realizadas por la policía, fue rechazada por el TS estableciendo que las irregularidades o deficiencias en el control judicial en relación con la incorporación del resultado de las intervenciones telefónicas a las actuaciones no constituyen un vicio de trascendencia constitucional sino de mera legalidad ordinaria porque se trataría de deficiencias producidas “a posteriori de la ejecución material de la medida, y no durante el desarrollo de la intervención propiamente dicha”⁴⁶⁹ tal y como exige el TC.

Es decir, para nuestra jurisprudencia que la violación de los derechos fundamentales restringidos por la medida judicial sea considerada de suficiente intensidad como para que entren en juego los efectos del art. 11.1 de la LOPJ es necesario que dicha violación se produzca durante las operaciones de escucha y grabación de las conversaciones, en el momento de obtención de la fuente de prueba no después.

La sentencia mencionada fue recurrida en amparo ante el TC que consideró, en la STC 184/2003, de 24 de marzo, de una parte que en los Autos de intervención no se exteriorizaron datos objetivos ajenos a la denuncia que sirvieran de base a la sospecha de comisión de actos delictivos por lo que el juez no valoró los presupuestos legales habilitantes para restringir el derecho al secreto de las comunicaciones y, consecuentemente, no realizó una ponderación de la necesidad ni proporcionalidad de la medida adoptada por lo que declaró la vulneración del secreto de las comunicaciones. De otra parte, en cuanto al control judicial el TC simplemente dice que, a pesar de formar parte del contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, queda cumplido el requisito con el hecho de que los Autos de autorización y prórrogas fijen los términos, con que la policía de cuenta del resultado de las intervenciones al juzgado y con que el órgano judicial realice un seguimiento de las mismas, sin hacer referencia

⁴⁶⁸ FJ 6

⁴⁶⁹ FJ 7

a su propia doctrina, sentada por las SSTC 121/ 1998, de 15 de junio, 166/1999, de 27 de septiembre, 171/1999, también de 27 de septiembre, en las que se especifica cuándo la falta o la deficiencia del control judicial puede afectar a la constitucionalidad de la medida⁴⁷⁰ .

Sin embargo, la legislación española seguía siendo insuficiente, como así han reconocido las sentencias citadas en las que, incluso, el TC se llegó a cuestionar la inconstitucionalidad del art. 579 de la LECrim “por omisión”⁴⁷¹ y ello a pesar de que el TEDH ya había marcado las directrices, con anterioridad al caso Valenzuela Contreras, en dos casos contra Francia: Huvig y Krusli en los que el Tribunal de Estrasburgo consideró que la interceptación de las comunicaciones constituye un grave ataque a la vida privada y a la correspondencia, por lo que debe fundarse en una ley de “singular precisión” de tal manera que esa ley sea clara y detallada y, más aún, cuando los medios técnicos aplicables se están perfeccionando continuamente⁴⁷² , directrices que pudieron

⁴⁷⁰ Para que el control judicial no afecte a la constitucionalidad de la medida el TC ha establecido que no existe violación del derecho cuando las irregularidades que se denuncian se han producido al incorporar los resultados en las actuaciones sumariales, es decir, en la entrega, custodia y transcripción de las cintas (STC 121/1998, de 15 de junio. FJ 5). Sin embargo si queda afectado el derecho cuando en la resolución que adopta la medida no se fijan los periodos en los que se tiene que dar cuenta al juez de los resultados o la policía lo incumple, también cuando el juez no efectúa un seguimiento del desarrollo y cese de la medida o no conoce el resultado de la investigación (STC 49/1999, de 5 de abril. FJ 5 y STC 166/1999, de 27 de septiembre. FJ 3)

⁴⁷¹ RODRÍGUEZ LAÍN. J.L: “Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva Doctrinal y Jurisprudencial”. Ed. La Ley. 2001, pág.70.

⁴⁷² STEDH caso Huvig vs. Francia, de 24 de abril de 1990, apartado 32 y STEDH caso Kruslin vs. Francia, de 24 de abril de 1990, apartado 33.

A raíz de estas sentencias Francia modificó su legislación mediante *Ley 91-646 de 10 de julio de 1991 relative au secret des correspondances émises para la voie des télécommunications*, modificada posteriormente por *Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004* - derogada en parte por la *Ordonnance n°2012-351 du 12 mars 2012* - Esta ley regula, por una parte, las intervenciones telefónicas con origen en una decisión judicial en la que los jueces, por decisión propia o a petición del Procurador General o de una de las partes, ordenan la intervención, la grabación y la transcripción de las comunicaciones mediante decisión motivada en la que se exponga la duración de la medida (máxima de 4 meses) y siempre que se trate de delitos graves (más de dos años de prisión).

Por otra parte, regula las escuchas administrativas o de seguridad en las que la decisión la adopta el Primer Ministro o la persona en quien delegue, tiene que ser motivada y haber sido solicitada bien por el Ministro del Interior, el de Defensa o el de Aduanas. Se ejecuta bajo las órdenes del Ministro encargado de las comunicaciones, o persona en quien delegue, y exclusivamente pueden adoptarse con el fin de encontrar información vinculada con la seguridad nacional, protección de elementos imprescindibles relacionados con la ciencia o la economía, terrorismo y crimen organizado.

De los registros obtenidos únicamente se guardan los que sean estrictamente necesarios destruyendo los relativos a la vida personal en un plazo de diez días.

haber sido adoptadas por España, al igual que hizo Francia, para mejorar el déficit legislativo y adaptarse a las exigencias del art. 8 del CEDH⁴⁷³.

Como medio de prueba y su valor probatorio: La Jurisprudencia ha venido señalando que el aspecto más importante en cuanto al valor probatorio de las medidas restrictivas de derechos es el control de su legalidad, que deriva directamente de lo expuesto anteriormente referido a las intervenciones telefónicas como medio de investigación, puesto que si no se cumple la legalidad en la primera fase se produciría la imposibilidad de su valoración. Mediante ese control se evita que la prueba y las derivadas directa o indirectamente de ella devenga nula por ilícita, eludiéndose así al art. 11.1 de la LOPJ, en unos casos (control de legalidad constitucional), y en otros el incumplimiento de los requisitos supondría que no podría valorarse como prueba en sí misma pero sí como medio de investigación que a través de él se pueda obtener prueba (control de legalidad ordinaria).

Más concretamente, la jurisprudencia ha distinguido los requisitos de legalidad en dos niveles: A nivel constitucional en cuanto a la legalidad constitucional el TS se ha referido a su estricta observancia para que la intromisión en la esfera privada de las personas sea válida, exigiéndose autorización judicial debidamente motivada, proporcionalidad, especificidad en cuanto al delito que se investiga, justificación basada en indicios y prohibición de las autorizaciones basadas en meras conjeturas o situaciones predelictuales prospectivas⁴⁷⁴ y no permitiéndose en diligencias indeterminadas⁴⁷⁵.

Una vez que se ha superado el control de la legalidad constitucional, en lo referente a la obtención de la prueba, tienen que concurrir los requisitos de legalidad ordinaria referidos a la forma de incorporación al proceso para que pueda ser valorada, estos requisitos se concretan en: la aportación de cintas íntegras, transcripción de las mismas (íntegras o las partes importantes para la investigación), cotejo por el Secretario Judicial, disponibilidad de todo el material para las partes y audición o lectura de las cintas en el juicio oral para cumplir con los principios procesales de oralidad y contradicción.

⁴⁷³ CATALÁ I BAS. A.H: “Escuchas telefónicas: un encuentro con el Tribunal Constitucional y un desencuentro con el legislador español” en *Revista Europea de derechos fundamentales* nº15, 2010, pág 292

⁴⁷⁴ SSTS 250/2000, de 14 de abril, 1830/1999, de 16 de febrero

⁴⁷⁵ STS 301/2013, de 18 de abril

Por lo tanto ha sido la labor del TS y del TC la que ha suplido las lagunas legales en la materia de las medidas de investigación ampliando lo establecido en el art. 579 de la LECrim a otro tipo de comunicaciones más novedosas como internet.⁴⁷⁶y, por lo tanto, hay que exigir a los poderes públicos un especial cuidado a la hora de realizar las intervenciones telefónicas, y sobre todo, por razón de los avances tecnológicos⁴⁷⁷.

La tercera etapa llega con la reforma de la LECrim a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre, “De modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”. La necesidad de que existiera una regulación específica y completa sobre la materia ya fue puesta de manifiesto por el TC en la STC 173/2011, de 7 de noviembre⁴⁷⁸, en la que en su FJ 7 alude a que: “con independencia de la necesidad de que el legislador regule esta materia con más precisión”, la actuación policial de acceso a los datos contenidos en el ordenador personal del recurrente, sin previa autorización judicial, queda justificada como una de sus funciones encomendadas por constituir diligencias necesarias para la averiguación del delito, descubrir al autor

⁴⁷⁶ Esta labor integradora de los tribunales, sobre todo a partir de la STC 49/1999, de 5 de abril (que, después de reconocer que la legislación anterior a 1988 no reunía los requisitos requeridos para proceder a una injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y de no entrar a valorar si la reforma operada por la ley 4/1988, de 25 de mayo, de reforma del art. 579 de la LECrim, reúne todos esos requisitos, declaró que: “si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas” FJ 5) ha supuesto que el art. 579 de la LECrim sea considerado como “un cheque en blanco” que permite a las autoridades judiciales decidir a voluntad la manera de realizar una intromisión en las comunicaciones de los ciudadanos. ORTIZ PRADILLO. J.M: “Problemas procesales de la ciberdelincuencia”. Ed. Colex. 2013, pág.171

⁴⁷⁷ MARTÍNEZ GARCÍA. E: “Actos de investigación e ilicitud de la prueba”. Ed. Tirant lo Blanch. 2009, pág 100.

⁴⁷⁸ STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 7. La sentencia resuelve denegando el recurso de amparo presentado por un condenado por el delito de corrupción de menores que alegaba que, tanto el tesigo de cargo y denunciante como la policía nacional, habían vulnerado su derecho a la intimidad. Los hechos fueron los siguientes:

El acusado acudió a un establecimiento dedicado a la reparación de ordenadores para que procedieran a la reparación de la grabadora de su ordenador personal. Una vez que el aparato estuvo reparado el técnico procedió a verificar el correcto funcionamiento del mismo escogiendo archivos de gran tamaño para grabarlos y reproducirlos en el ordenador, en ese momento comprobó que el contenido de esos archivos eran imágenes pornográficas de menores por lo que lo puso en conocimiento de la Policía Nacional que intervino el ordenador portátil y accedió a su contenido sin tener autorización judicial previa para ello.

del mímico y recoger los efectos necesarios que pudieran constituir prueba, permitiendo que realicen un “primer análisis” de esos efectos intervenidos.

Sin lugar a dudas la reforma de la LECRim operada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, “De modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica” supuso un antes y un después en muchos aspectos de la dinámica de la investigación sobre los delitos y de cuestiones procesales que antes se resolvían por interpretación jurisprudencial, como la entrada al proceso del resultado de esas investigaciones tecnológicas, siendo uno de sus efectos más importantes el que esa prueba haya sido obtenida con todas las garantías posibles de respeto a los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente para evitar la nulidad de la misma y de las que deriven de ella (art. 11.1 LOPJ).

La diferencia que marca el uso de las nuevas tecnologías, como medio de investigación de los delitos, con los medios tradicionales de prueba reside en que permiten realizar una intromisión en la vida privada del investigado mucho más amplia que la que se puede realizar sin esos medios. “Es la técnica, y no la persona, que se aprovecha de la información captada por la máquina. Pero la técnica la elige el investigador, y la posibilidad de su aplicación no puntual sino prolongada en el tiempo, dando lugar a vigilancias tecnológicas, muchas veces replicadas en diversos dispositivos de entre los que se saca la información, puede afectar a derechos fundamentales del sospechoso que, si no se aplican adecuadamente, pueden llevar a la obtención de prueba nula (art. 11.1.2 LOPJ)”⁴⁷⁹.

Reguladas en el Libro II, Título VIII de la LECrim bajo la rúbrica “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución” recoge, a lo largo de diez capítulos, las directrices para realizar las investigaciones derivadas de medidas restrictivas de derechos como la entrada y registro en lugar cerrado (Cap. I), el registro de libros y papeles (Cap. II), detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica (Cap. III), interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas incluyendo la incorporación al proceso de los datos electrónicos, el acceso a los datos para identificar a usuarios, terminales y dispositivos de conectividad (Cap. V), la utilización de dispositivos electrónicos para

⁴⁷⁹ VELASCO NÚÑEZ, E: “Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal”. Ed.Sepín. 2016, págs 20 y 21

captar y grabar comunicaciones orales (Cap. VI), la utilización de dispositivos técnicos para captar imágenes, realizar seguimientos y obtener localizaciones (Cap. VII), registros de dispositivos de almacenamiento masivo de información (Cap. VIII), registros remotos sobre equipos informáticos (Cap. IX) y las medidas de aseguramiento para la conservación de esos datos (Cap. X).

Hay que tener en cuenta las Circulares de la Fiscalía General del Estado que establecen las pautas en la interpretación de los preceptos contenidos en la LECrim y analizan cada una de las distintas medidas contenidas en la Ley: 1/2019, de 6 de marzo, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la LECrim; 2/2019, de 6 de marzo, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas; 3/2019, de 6 de marzo, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; 4/2019, de 6 de marzo, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización y, por último, 5/2019, de 6 de marzo, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos.

Las novedades de la nueva regulación son fundamentalmente⁴⁸⁰:

- 1- La actualización de cuestiones relacionadas con la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica (ámbito de la medida incluyendo los casos en los que no se requiere autorización judicial, en qué supuestos se puede acordar y los hallazgos casuales).
- 2- La regulación de las “Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos”.
- 3- La regulación expresa de todas y cada una de las medidas citadas

De entre todos los capítulos, y a efectos del presente trabajo por su aplicabilidad genérica a todas las medidas limitativas expuestas, destaca el Cap. IV en el que se recogen las disposiciones de aplicación comunes a todas ellas y dentro de éste cobran

⁴⁸⁰ SANTOS MARTÍNEZ. A.M: “Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal”. Ed. Wolters Kluwer. 2017, pág 26 y n.p 8

especial importancia los arts. 588 bis h) (la afectación a terceras personas de las medidas de investigación reguladas) así como su desarrollo en el Cap V “interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y el art. 588 bis i) (utilización de información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales), desarrollado por el art. 579 bis, por su afectación a la prueba prohibida.

En cuanto a la primera cuestión, la afectación a terceras personas, la propia LECrim ajusta la adopción de las medidas a unos principios rectores recogidos en el art. 588 bis a), con exigencia de la autorización judicial correspondiente: especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

Al mismo tiempo se prohíben las medidas de investigación tecnológica de naturaleza prospectiva como base del principio de especialidad según el cual la investigación tiene que tener por objeto el esclarecimiento de un hecho delictivo concreto⁴⁸¹. En este sentido la Jurisprudencia del TC ha sido rigurosa en la exigencia de que la resolución judicial habilitante debe contener los hechos objetivos que puedan constituir indicios, sospechas fundadas en datos objetivos, de la comisión de un delito y, lo que nos importa a efectos del estudio, la conexión de la persona o personas investigadas con relación a ese delito, ya que esa conexión es indispensable para que la medida adoptada sea constitucionalmente legítima al ser “un prius lógico del juicio de proporcionalidad”⁴⁸².

Sin embargo la LECrim ha pasado a regular la posibilidad de que se puedan adoptar medidas restrictivas de derechos aún cuando afecten a terceras personas, así por ejemplo se da respuesta a uno de los problemas frecuentes en el mundo de la investigación sobre la delincuencia: el hecho de que los dispositivos de telefonía móvil sean utilizados por personas distintas a aquella que consta como titular, así el art. 588 ter b 1º) señala que “los terminales o sistemas de comunicación objeto de intervención han de ser aquellos habitual u ocasionalmente utilizados por el investigado”, es decir, lo que importa es la utilización del dispositivo en cuestión estableciendo esa conexión exigida por la Jurisprudencia Constitucional en relación con el uso, evitando así que a

⁴⁸¹ Así se expone en la Exposición de Motivos de la LO 13/2015.

⁴⁸² SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4 y 252/2006, de 11 de septiembre, FJ 2.

través de se viole el derecho al secreto de las comunicaciones convirtiéndose en prueba prohibida, al igual que sucede cuando la injerencia afecta a un tercero.

Según el art. 588 ter c) se permite la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación pertenecientes a terceras personas siempre que: “1- Exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquélla para transmitir o recibir información. 2- El titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad”. También cuando el dispositivo sea utilizado maliciosamente por terceros sin conocimiento de su titular.

En cuanto a la utilización de las informaciones obtenidas en otros procedimientos y a los descubrimientos casuales, los arts. 579 bis y 588 bis i) la Jurisprudencia se ha ocupado de ambos asuntos en reiteradas ocasiones antes de la entrada en vigor de esos artículos:

En la utilización de las informaciones obtenidas en otros procedimientos: el problema es cuando la defensa argumenta que esas pruebas no son constitucionalmente válidas por ser pruebas prohibidas. Para intentar dar respuesta al problema el TS en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional, de 26 de mayo de 2009, acordó que en aquellos casos en los que las escuchas telefónicas procedentes de diligencias distintas a las que corresponden al juicio y se plantea la nulidad porque no hay constancia legítima de resoluciones precedentes no debe de suponer la nulidad sin más, en estos casos “si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada” y continúa añadiendo “Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba”, lo que hace que el Tribunal intente salvaguardar la legitimidad de las pruebas obtenidas en otro procedimiento (en este caso las escuchas telefónicas) a fin de preservar las investigaciones al mismo tiempo que evita caer en una vulneración del derecho de defensa⁴⁸³.

⁴⁸³ En este sentido el propio TS, antes del Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 26 de mayo de 2009, había mantenido dos posturas diferentes: por una lado consideraba que se estaba ante una nulidad absoluta en aquellos casos en los que la investigación derivada no contaba con la autorización inicial y sus posteriores prórrogas al no existir el objeto sobre el que recaía el control judicial (SSTS 1643/2001,

En lo que respecta a los descubrimientos casuales, el TS se ha pronunciado en numerosas ocasiones considerando que si el hallazgo es casual no impide que deje de tener valor lo encontrado, siempre que se trate de delito flagrante⁴⁸⁴, entendiendo hallazgos casuales como la legitimación de “aquellas evidencias probatorias que inesperadamente aparecen en el curso de una intervención telefónica, eventualmente en un registro domiciliario, de forma totalmente imprevista, aunque la doctrina de esta Sala Casacional, ha exigido que, para continuar con la investigación de esos elementos nuevos y sorprendidos, se han de ampliar las escuchas, con fundamento en el principio de especialidad, a través del dictado de una nueva resolución judicial que legitime tal aparición, y reconduzca la investigación, con los razonamientos que sean precisos, para continuar legalmente con la misma”⁴⁸⁵.

Se distinguen dos funciones de los hallazgos casuales:

- 1- La probatoria, en cuyo caso no se pueden utilizar los hallazgos casuales como fuente de prueba en un proceso distinto a aquel en el que se han obtenido, quedándose limitada su eficacia a la conexidad del art. 17 de la LECrim.
- 2- La investigadora, en cuyo caso los descubrimientos casuales actuarían como *notitia criminis* para el inicio de la nueva instrucción independiente de la anterior.

Para ello la Jurisprudencia aún ha perfilado más la distinción entre esas dos funciones, si los descubrimientos tienen conexión, según el art. 17 de la LECrim, con los que son objeto del procedimiento que se está instruyendo tendrán efectos tanto de investigación como, posteriormente, de prueba. Pero si no guardan esa conexión y aparentan una gravedad penal lo suficientemente importante como para adoptar la

de 24 de septiembre; 1347/2005, de 16 de noviembre; 205/2006, de 2 de marzo y 556/2006, de 31 de mayo, entre otras).

Por otro lado aquellas resoluciones que consideraban que no era necesario que en las Diligencias Previa derivadas contaran con los antecedentes de las intervenciones iniciales (SSTS 688/2008, de 30 de octubre; 737/2009, de 22 de enero y 326/2009, de 24 de marzo)

⁴⁸⁴ SSTS 1004/1999, de 18 de junio; 1990/2002, de 29 de noviembre y 885/2005, de 5 de julio entre otras. Igualmente el TC en la STC 41/1998, de 24 de febrero afirmaba, en su FJ 33, que. “el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención ...”

⁴⁸⁵ SSTS 616/2012, de 10 de julio, FJ 2 y 777/2012 de 17 de octubre

medida en cuestión entonces serán consideradas como *notitia criminis* y se deducirá testimonio para iniciar un nuevo procedimiento⁴⁸⁶.

Y, por último, para evitar que el descubrimiento casual suponga una prueba prohibida del art. 11. 1 de la LOPJ el TS ha exigido unos requisitos: Que exista buena fe. La medida judicial previa restrictiva de derechos se debe de ajustar a la Ley, flagrancia delictiva. Lo obtenido no era lo esperado por el instructor pero es una evidencia tan clara que puede servir como posterior prueba de cargo y que el descubrimiento se haya obtenido en el curso de una medida jurisdiccional previa restrictiva de derechos fundamentales y libertades públicas. La medida tiene que ser legítima, es decir, “naturaleza jurisdiccional, adoptada por un juez competente, proporcional al delito grave con pena de libertad grave con trascendencia social. Ello consta adoptado, por lo que valida la información encontrada”.⁴⁸⁷

Al margen de la Jurisprudencia relativa a los descubrimientos casuales en sí mismos, no hay que olvidar que una de las excepciones a la prueba prohibida es la del hallazgo casual que rompe el nexo causal entre la prueba originaria y la derivada⁴⁸⁸. A este respecto con la nueva regulación de la LECrim se establecen unos parámetros claros que permiten la utilización de esos descubrimientos casuales, bien como medio de investigación o bien como prueba, con unos requisitos específicos, porque de lo que se trata es de que se “ajuste también el nivel de sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones a los presupuestos constitucionales que le confieren legitimidad”⁴⁸⁹ y lo mismo predicable para cualquier otra medida restrictiva de derechos.

Entre esos requisitos: La deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia con los antecedentes indispensables entre los que tiene que constar, obligatoriamente, la solicitud inicial, la resolución judicial que la acuerda así como todas las peticiones y resoluciones posteriores de prórrogas, la autorización del juez competente para continuar con la medida que da lugar a la

⁴⁸⁶ STS 25/2008, de 29 de enero

⁴⁸⁷ STS 377/2018, de 23 de julio

⁴⁸⁸ Vid. El aptdo. 1.3 del epígrafe II de este Capítulo.

⁴⁸⁹ MARCHENA GÓMEZ. M; GONZÁLEZ- CUÉLLAR SERRANO. N: “La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en 2015” Ediciones Jurídicas Castillo de Luna. 2015, pág 259

investigación del delito casualmente descubierto que comprobará la diligencia de acutación evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y comprobando que era imposible haber solicitado que la medida se incluyera en ese momento e informando sobre el secreto sumarial en caso de que éste debiera ser continuado.

Con tal cúmulo de requisitos, ya anticipados anteriormente por la Jurisprudencia, cabría preguntarse por el destino final de la excepción del hallazgo casual a la regla de exclusión: ¿supondría su desaparición?. Lo que se puede deducir es que, en el supuesto de que no se dieran los requisitos exigidos por la LECrim en relación a los descubrimientos casuales las pruebas aportadas constituirían, sin lugar a dudas, prueba prohibida y la excepción no tendría cabida porque a pesar de que se pudiera considerar que hubo una ruptura del nexo causal entre la prueba originaria y la derivada el incumplimiento de lo estipulado en la Ley Penal Procesal daría entrada a la aplicación del art. 11.1 de la LOPJ

Como colofón a este apartado y a modo de ejemplo para constatar la importancia de la reforma, señalar una sentencia del TS, anterior a la modificación de la LECrim, muy significativa en cuanto a la importancia de la nueva regulación incorporada por la LO 13/2015 y que ejemplifica las diferentes situaciones procesales antes y después de la reforma en relación con la ilicitud de la prueba, se trata de la STS 16/2014, de 30 de enero. En ella se casa una sentencia de la AN y se absuelve a un miembro de la Policía Nacional del delito de cohecho por haber ofrecido su colaboración a dos personas acusadas de un delito contra la salud pública a cambio de una remuneración.

En las investigaciones policiales se identificó la dirección IP (Internet Protocol) a través de la que se conectaba el acusado para comunicarse vía email con los delincuentes, se accedió al contenido de los correos electrónicos intercambiados (se obtuvo un CD facilitado por la empresa Microsoft con el contenido de esos correos y su transcripción, así como un informe proporcionado por la misma empresa), también se accedió a las comunicaciones vía SMS intercambiados y se emitieron informes periciales informáticos sobre esos correos y SMS, además del informe de la compañía telefónica sobre la dirección IP.

El TS consideró ilícita las solicitudes realizadas por la Policía a la empresa Microsoft para que remitieran el informe y a la empresa Telefónica para obtener los datos IP sin autorización judicial. Igualmente consideró prueba prohibida la obtención

de los datos relacionados con cuentas de correo y sus conexiones desde una dirección IP concreta.

En relación a la obtención de las direcciones IP, la jurisprudencia ya señalaba la complejidad de la materia, su ductilidad y las características especiales de su regulación, siendo necesario que las resoluciones futuras sobre esa materia fueran perfilando la doctrina a seguir atendiendo a caso concreto⁴⁹⁰. Sin embargo con la reforma de la LECrim se ha llenado esa “laguna” y el legislador dio un tratamiento específico a la materia, tanto a la obtención por parte de la Policía Judicial a la dirección IP (identificación numérica del elemento de comunicación/conexión) , art. 588 ter k) de la LECrim (en cuanto a la obtención de la dirección IP:permite a los agentes de la Policía Judicial, en el ejercicio de sus funciones de prevención e investigación del delito, acceder a la dirección IP cuando estuviera siendo utilizada para la comisión de un delito y en cuanto los datos tanto de localización del equipo o dispositivo como los de identificación del usuario precisan solicitud al juez de instrucción para el requerimiento a los prestadores de servicios de telecomunicaciones para que cedan los datos necesarios) como al número IMEI (número que identifica internacionalmente cada equipamiento de telefonía móvil) e IMSI (código alfanumérico que identifica la tarjeta SIM de los aparatos de telefonía móvil y telemáticos), art. 588 ter l) (cuando en una investigación no se haya podido obtener el número de un abonado se permite a la Policía Judicial utilizar artificios técnicos que les permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas de los aparatos de telecomunicación o de alguno de sus componentes, así como cualquier otro medio técnico que, según el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones) y a todos los datos vinculados a una tarjeta telefónica, sistema informático o terminal, art. 588 ter j) en lo referente a la obtención de datos a través de una operadora de telecomunicaciones (se necesita autorización judicial para que la empresa de servicios de comunicaciones facilite el IMSI o IMEI, salvo en el caso de que sea necesario conocer la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación o el número de teléfono en sí o identificar a un medio de comunicación en cuyo caso la Policía Judicial o el Ministerio

⁴⁹⁰ SSTS 197/2007, de 9 de mayo y 292/2008, de 28 de mayo, entre otras

Fiscal se pueden dirigir directamente a los prestadores de servicios que deberán acceder a su petición so pena de incurrir en un delito de desobediencia. Art. 588 ter m).

Por último, señalar que en relación a la obtención de datos referentes a titulares o terminales o dispositivos de conectividad contenido en el art. 588 ter m) mencionado, plantea problemas a la hora de determinar si una información concreta constituye datos de tráfico o datos de abonado a efectos de aplicar el régimen jurídico correspondiente⁴⁹¹

1.2- La Cadena de Custodia

Uno de los aspectos más problemáticos en lo referente a la prueba electrónica es el de la conservación de los vestigios hasta que se concretan como pruebas en el momento del juicio, es decir, la cadena de custodia, ya que es a través de ella como se garantiza la “mismidad de la prueba”⁴⁹². Ese problema surge cuando no se realiza con las suficientes garantías para evitar la quiebra de los derechos que pudieran resultar afectados y que, a la postre, terminarían con la nulidad de un proceso en cuyas investigaciones se han gastado costosos medios y tenaces esfuerzos.

Hay que tener en cuenta que todos los datos que circulan por el ciberespacio son susceptibles de originar violaciones contra varios derechos reconocidos en nuestra Norma Fundamental en su art. 18, así el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad o el derecho a la protección de datos de carácter personal⁴⁹³ si no se utilizan correctamente por parte de los prestadores de servicios y por parte de los particulares

A estos efectos es útil recordar los artículos del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, firmado en Budapest el 23 de noviembre de 2001 y ratificado por España el 3 de junio de 2010⁴⁹⁴, que recoge distintas medidas procesales a adoptar por

⁴⁹¹ TEJADA DE LA FUENTE. E: “La conservación de datos informáticos con fines de investigación criminal; requisitos y condiciones para su incorporación al proceso penal” en “Investigación Tecnológica y Derechos Fundamentales. Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015”. (Ob. Col): ZARAGOZA TEJADA. J.J (Coord.) BERMÚDEZ GONZÁLES. J.A; GARCÍA MARCOS. J. Y otros. Ed. Thomson Reuters. Aranzadi. 2017, pág 91.

⁴⁹² SSTS 1190/2009, de 3 de diciembre y 6/2010, de 27 de enero entre otras

⁴⁹³ Vid. Epígrafe 2 del aptdo. III de este Capítulo

⁴⁹⁴ El Convenio de Ciberdelincuencia adapta las medidas procesales tradicionales como la confiscación y el registro a las nuevas tecnologías y establece otras novedosas como la conservación

los Estados firmantes, no solo a efectos de la investigación de los delitos informáticos, que menciona en los arts. 2 al 11, si no respecto a la obtención de pruebas en formato electrónico de cualquier otro delito (art. 14.2.c), y establece que los procedimientos y medidas a adoptar se harán siempre garantizando la protección adecuada de los derechos humanos y de las libertades y, en particular, los que cada parte haya firmado en el ámbito internacional, siempre integrando el principio de proporcionalidad.

La existencia de un espacio común en el que todos nos movemos, denominado “ciberespacio”, en el que hay numerosas formas de comunicación y de servicios interrelacionados entre sí, la volatilidad de los datos, que pueden ser alterados, borrados, movidos en cuestión de segundos, la dificultad de identificar la veracidad de la prueba unida a los avances constantes en la tecnología hacen que la prueba pericial constituya la prueba indispensable del procedimiento.

La cadena de custodia es la garantía de que esa prueba digital llegue al proceso sin haber sufrido merma en su contenido, calidad y cantidad y de que los resultados obtenidos en el informe pericial son los concernientes a las mismas evidencias que se obtuvieron durante la investigación, por ello es determinante que el cumplimiento de los protocolos se cumplan estrictamente para que la prueba sea considerada válida y no sea objeto de aplicación del art. 11.1 de la LOPJ.

Si bien es cierto que la cadena de custodia es más propia del proceso penal también tiene aplicación y uso en ámbitos como el laboral, en el que la recogida de muestras biológicas necesaria para el control de determinados trabajadores debe asegurarse para evitar posibles confusiones que pudieran dar lugar a despidos no deseados o, al contrario, a permanecer en puestos de trabajo a personas que no están capacitadas para ejercerlo por motivos de salud u otros más deplorables, o como el deportivo en el que la importancia del dopaje puede depender de una cadena de custodia.

Con carácter general, algunos de los artículos de la LECrim contienen algunos aspectos referentes a la recogida y conservación de los vestigios, pruebas y efectos relativos a la perpetración del delito así los arts. 326 y siguientes que se dedican a la inspección ocular; arts. 334 y siguientes relativos al cuerpo del delito; art.770.3 y 796 en lo relativo a las actuaciones de la Policía Judicial, sin embargo no aparece con detalle

rápida de datos, orden de comunicar dichos datos a la autoridad competente, registro y confiscación de datos informáticos almacenados, obtención en tiempo real de los datos relativos al tráfico informático o la interceptación de datos relativos al contenido, que han resultado de mucha utilidad para los Estados a la hora de legislar sobre la investigación de delitos.

la forma de realizar esas actuaciones, para ello hay otras normas que complementan lo estipulado en la Ley Procesal:

- Orden Jus/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses en la que se establecen una serie de recomendaciones a seguir en cuanto a cuestiones como el etiquetado, el rotulado, embalaje, normas sobre tramitación y documentación, toma de muestras etc..., en definitiva el objeto de esta Orden, tal y como en ella misma se contiene, es el de “regular, nuevamente, las normas para la recogida, preparación y envío de muestras para su análisis en el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, así como la elaboración de nuevos formularios para la remisión de muestras, que presenten con claridad todos los datos necesarios para identificar, de forma inequívoca, los paquetes y las muestras, encauzar correctamente los análisis, asegurar el mantenimiento de la cadena de custodia, así como facilitar el control de las muestras y la devolución o destrucción cuando finalice el procedimiento correspondiente.”
- Acuerdo Marco de colaboración entre el CGPJ, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Hacienda y de las Administraciones Públicas, el Ministerio del Interior y la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios de 3 de octubre de 2012 en cuanto al protocolo a seguir en la aprehensión análisis custodia y destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
- Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 30 de marzo de 2004 (2004/C 86/04) sobre directrices para la toma de muestras de drogas incautadas en el que se señala que las directrices en ella contenidas servirán para preservar la cadena de custodia de las muestras enviadas “para incorporar, en la medida de lo posible, su admisibilidad como pruebas en acciones judiciales por delitos relacionados con la droga” (aptdo. 8) recomendando a los Estados parte a que adopten las medidas necesarias para garantizar esa cadena de custodia.

Con carácter específico, en lo que se refiere a la prueba electrónica, la LECrim regula la conservación de los datos en el Capítulo X, art. 588 octies⁴⁹⁵, como una medida

⁴⁹⁵ Cuyo precedente es el art. 16 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001

que, tanto la Policía Judicial como el Ministerio Fiscal, pueden emplear para conservar aquellos datos que se pueden incorporar al proceso en virtud de alguna de las medidas de investigación tecnológica regulada. Esta medida también podrá ser adoptada de oficio por el Juez, según la Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la LECrim.

La medida se impone a aquellas personas que tienen capacidad para realizarla con el fin de que los datos, siempre referidos a aquellos que ya existen y estén almacenados, se aseguren con la finalidad preventiva de que puedan ser necesarios para investigaciones posteriores y tiene la peculiaridad de que no es limitativa de derechos puesto que se trata de datos que ya están almacenados, por eso no es necesaria la intervención judicial pudiendo acordarse por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal y durará hasta que se emita la orden judicial correspondiente, ahora sí necesaria, para la cesión de esos datos.

Con relación a los datos que se deben conservar, serán aquellos que marca la Ley 25/ 2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones así como cualquier otro que pudiera estar almacenado en un sistema accesible o no por el investigado:

- Los datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación, si es telefónica (tanto fija como móvil): el número de teléfono y nombre y dirección del abonado o usuario de llamada. Si es respecto al uso de internet (correo electrónico, acceso o llamadas): identificación de usuario asignada, número de teléfono que acceda a la red pública de telefonía, nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de Protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono.
- Datos necesarios para identificar el destino de una comunicación: Si es de telefonía (fija o móvil), los números marcados de destino, si hay transferencia los números a los que se ha transferido y los nombres y direcciones de los usuarios abonados o registrados. Si es de internet, identificación de usuario y de números de teléfono de los receptores de la llamada, los nombres y direcciones de los abonados o usuarios registrados y la identificación de usuario del destinatario de la comunicación.

- Datos relativos a la fecha, hora y duración de la comunicación: En telefonía (fija y móvil) la hora y fecha del inicio y fin de la llamada o mensajería o servicio multimedia. En internet: La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de acceso a Internet registradas, basadas en un determinado huso horario, así como la dirección del Protocolo Internet, ya sea dinámica o estática, asignada por el proveedor de acceso a Internet a una comunicación, y la identificación de usuario o del abonado o del usuario registrado. La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de correo electrónico por Internet o del servicio de telefonía por Internet, basadas en un determinado huso horario.
 - Datos necesarios para identificar el tipo de comunicación: Telefonía: el servicio telefónico utilizado incluyendo el tipo de llamada, los servicios complementarios utilizados así como los de mensajería o multimedia. Internet: El servicio utilizado
 - Datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considera ser el equipo de comunicación. Telefonía: Fija, números de teléfono de origen y de destino. Móvil: los números de origen y de destino, la identidad internacional del abonado móvil (IMSI) tanto del que efectúa como del que recibe la llamada, la identidad internacional del equipo móvil (IMEI) tanto del que la realiza como del que la recibe, si es de tarjeta prepago fecha y hora de la primera activación del servicio y la etiqueta de localización (el identificador de celda) desde la que se haya activado el servicio. Internet: El número de teléfono de origen en caso de acceso mediante marcado de números, la línea digital de abonado (DSL) u otro punto terminal identificador del autor de la comunicación.
 - Datos necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación móvil: La etiqueta de localización (identificador de celda) al inicio de la comunicación. Los datos que permiten fijar la localización geográfica de la celda, mediante referencia a la etiqueta de localización, durante el período en el que se conservan los datos de las comunicaciones. Así mismo se establece la prohibición de conservar los datos que revelen el contenido de la comunicación.
- También hay que tener en cuenta que el plazo de conservación de 12 meses que impone el art. 5 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre puede quedar ampliado por la orden de conservación que impone el art. 588 octies de la LECrim hasta que

se emita la orden judicial de cesión de los datos que sean necesarios o hasta el límite permitido en ese mismo artículo: 90 días prorrogables una sola vez hasta que se cumplan 180 días.

- Los datos contenidos en los correos electrónicos o en la nube del investigado así como los contenidos en las redes sociales también pueden ser amparados por esa orden de conservación establecida en la LECrim.

A pesar de toda la precaución que el legislador a tenido en la redacción de los artículos mencionados a la hora de intentar preservar los datos electrónicos para posibles actuaciones judiciales, nada dice en cuanto al protocolo a seguir para la conservación de la cadena de custodia, es la doctrina pericial- forense, sobre todo, la que da unas pautas en cuanto a la toma y conservación de vestigios informáticos, por ejemplo el Instituto Nacional de Ciberseguridad elaboró una “Guía de toma de evidencias en entornos Windows” (noviembre de 2014)⁴⁹⁶, en la que se recoge el proceso de recogida de evidencias digitales, las fases, la metodología así como el procedimiento de almacenamiento y custodia de las mismas. Igualmente en su página web se pueden encontrar una gran variedad de empresas que se dedican al peritaje informático que pueden servir de ayuda a los particulares a la hora de aportar un informe o contrainforme pericial en un procedimiento judicial.

La doctrina también ha colaborado en la elaboración de pautas y criterios a seguir en cuanto a la informática forense⁴⁹⁷ en lo que, básicamente, coinciden en dividir la manera de conservación de la cadena de custodia en evidencias informáticas no volátiles (aquellas que pueden permanecer inalteradas a lo largo del tiempo como los discos duros del ordenador, memorias USB, dispositivos móviles, etc...) para las cuales recomiendan seguir con extrema precaución los siguientes pasos⁴⁹⁸:

⁴⁹⁶ <http://www.incibe.es>

⁴⁹⁷ Ejemplo de ello son obras como: DARA HUGUE. M. E; ARELLANO GONZÁLEZ. L.E: “Manual de Informática Forense (prueba indiciaria informática forense)”. Ed. Errepar. 2012; RUBIO ALAMILLO. J: “Conservación de la Cadena de Custodia de una evidencia informática” en *Diario la Ley* nº 8859. 2016; RIVAS LÓPEZ. J.L ;RIFÁ POU. H (Coord.); SERRA RUIZ. J (Coord.): “Análisis Forense de los Sistemas Informáticos” en: <http://jlrivas.webs.uvigo.es/downloads/publicaciones/Analisis%20forense%20de%20sistemas%20informaticos>. RICHARD GONZÁLEZ. M: “La cadena de custodia en el proceso penal español” en *Diario La Ley* nº 8187. 2013. Entre muchos otros

⁴⁹⁸ Para resumir los pasos a seguir nos hemos guiado por la obra de RUBIO ALAMILLO. J, op. cit, por su claridad y fácil comprensión en una cuestión científica tan compleja.

- Extraer los procesos en ejecución de la memoria RAM (la memoria principal del ordenador que se encarga de cargar las órdenes que ejecuta el procesador)
- Desconectar el dispositivo de la fuente de alimentación.
- En el caso de dispositivos móviles no extraer la batería, no interactuar con el dispositivo, utilizar la “Jaula de Faraday” (contenedor especial que aísla el terminal impidiendo la entrada o salida de las ondas de radiofrecuencia) sobre todo en el caso de que sea imprescindible retirar la batería, a pesar de que se considera que la primera precaución es no hacerlo, cuando se tenga la certeza de que el móvil no se va a poder analizar prontamente y cuando se necesite encender el dispositivo.
- Precintado y etiquetado de las evidencias intervenidas.
- Si fuera posible, volcar o clonar las evidencias en el mismo momento de su intervención, calculando para cada una de ellas su código *hash* (“es el resultado de la aplicación de un algoritmo matemático a un conjunto de datos, siendo, en principio, único para cualquier conjunto de datos, de tal forma que es matemáticamente imposible obtener dicho conjunto de datos original con la aplicación inversa del algoritmo”)⁴⁹⁹.

Todo ello con la presencia del Letrado de la Administración de Justicia que documentará escrupulosamente cada paso, reflejará el estado de las evidencias y las condiciones en las que se lleva a cabo la custodia.

En cuanto a las evidencias informáticas volátiles (aquellas que pueden desaparecer, como páginas web, mensajes en redes sociales, audios, fotografías, vídeos, etc...), las pautas a seguir serían:

- Utilización de sistemas informáticos accesibles vía web “que mediante la implementación de tecnologías tales como la firma electrónica y el *sellado del tiempo (timestamp)* – en forma conexas y en atención a determinados estándares de seguridad – hacen las veces de certificadores y depositarios de documentos electrónicos posibles de atestiguar la ocurrencia de hechos o actos jurídicamente relevantes suscitados en el mundo virtual y, consecuentemente, revestirlos del

⁴⁹⁹ RUBIO ALAMILLO. J, op. cit, n.p 7

necesario valor probatorio a fin de eventualmente procurar ser introducidos, como prueba instrumental, a un proceso judicial”.⁵⁰⁰

- Descarga de contenidos que se hallen en webs certificadas calculando su correspondiente código *hash*, observando todos los ficheros informáticos aportados o sus enlaces.
- Capturas de pantalla en la que se vea la dirección URL y del contenido de la página.

Todo ello recogido por el Letrado de la Administración de Justicia de la misma manera que la indicada para las evidencias no volátiles.

Lo cierto es que la labor del perito informático forense es crucial para conseguir el respeto de la garantía de la cadena de custodia, en este sentido la propia Jurisprudencia del TS ha destacado que no es necesario que el Letrado de la Administración de Justicia participe en el volcado o clonación de las pruebas informáticas debido a su falta de conocimientos técnicos en la materia porque “ Lo que no se puede pretender es que el fedatario público esté presente durante todo el proceso, extremadamente complejo e incomprensible para un profano, que supone el análisis y desentrañamiento de los datos incorporados a un sistema informático”⁵⁰¹.

Insistimos en que en España no existe una regulación legal que determine la metodología a seguir en cuanto al aseguramiento de la cadena de custodia en materia de evidencias electrónicas que sea homogénea e igual para todas las actuaciones periciales, como puede existir en EEUU, que si bien no están recogidos en norma legal si aparecen reflejados en el “*Handboock of forensic services*” (Manual de Servicios Forenses) realizado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. División de Laboratorio del F.B.I (*Federal Bureau of Investigation*) en la que se establecen los protocolos a seguir para la recopilación y conservación de todo tipo de pruebas (desde las biológicas, materiales, toxicológicas, radiactivas et...) ⁵⁰² o, más específicamente, la

⁵⁰⁰ BIELLI. G. E: “Terceros de confianza y certificación de prueba electrónica. Una nueva frontera en materia de probática” en *Diario La Ley*. 2019. <https://iadpi.com.ar/index.php/2019/06/03/terceros-de-confianza-y-certificacion-de-prueba-electronica/>

⁵⁰¹ SSTS 1599/1999, de 15 de noviembre, FJ 2. En el mismo sentido las SSTS 256/2008, de 14 de mayo y 480/2009, de 22 de mayo

⁵⁰² Tal y como se recoge en el propio manual. “El Manual de Servicios Forenses proporciona orientación y procedimientos para métodos seguros y eficientes de recopilación, conservación, empaquetado y envío de pruebas, y describe los exámenes forenses realizados por la División de Laboratorios del FBI”.

“*Electronic Crime Scene investigation: A guide for First Responders*”⁵⁰³ del año 2008 (Investigación de la escena del crimen electrónico: una guía para los primeros respondedores) realizada también por el el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, que recoge los protocolos a seguir para la recolección y la identificación de las evidencias electrónicas en concreto todo lo relativo a las que se pueden encontrar en los dispositivos, herramientas que se pueden utilizar para la investigación del equipo, como se asegura y evalúa la escena, la documentación, como se tiene que empaquetar, transportar y almacenar la evidencia, etc... o la “*Forensic Examination of digital evidence, A guide for law enforcement*” (Exámen Forense de evidencia digital: Una guía para el cumplimiento de la Ley) entre otras.

Sí existe en España un proyecto de la Asociación Profesional de Peritos Informáticos (ASPEI) denominado el proyecto Konfía cuyo objetivo es recopilar las herramientas informáticas que son útiles para el peritaje informático y comprobar su funcionamiento, objetividad y reproducibilidad con el fin de que haya un uso generalizado por parte de los peritos informáticos de esas herramientas.

Actualmente solo está desarrollada la primera fase “inicio de cadena de custodia de un CD-ROM y un DVD-ROM con herramientas informáticas gratuitas, de código abierto, libremente accesibles desde internet y comprobadas por la Asociación Profesional de Peritos Informáticos”⁵⁰⁴. También existen varias normas realizadas por AENOR referentes a las evidencias electrónicas: UNE 71505: 2013 “Sistema de Gestión de Evidencias Electrónicas (SGEE).” Dividida en 3 partes: Parte 1: vocabulario y principios generales. Parte 2: Buenas prácticas en la gestión de las evidencias electrónicas y parte 3: Formatos y mecanismos técnicos. UNE 71506: 2013 “Metodología para el análisis forense de las evidencias electrónicas”. UNE- EN ISO/IEC 27037:2016 “Directrices para la identificación, recogida, adquisición y preservación de evidencias electrónicas”. UNE-EN ISO/IEC 27042: 2016: “Directrices para el análisis y la interpretación de las evidencias electrónicas”.

Original: “The Handbook of Forensic Services provides guidance and procedures for safe and efficient methods of collecting, preserving, packaging, and shipping evidence and describes the forensic examinations performed by the FBI’s Laboratory Division”

⁵⁰³ <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/219941.pdf>

⁵⁰⁴ <https://www.aspei.es/proyectos/proyecto-konfia>

Por último y en relación a la introducción de los datos recabados en el proceso, la cadena de custodia puede acreditarse bien documentalmente, a través de informes, o bien a través del testimonio de las personas que recogieron, custodiaron y/o conservaron la evidencias⁵⁰⁵.

Las irregularidades que pueden invalidar la cadena de custodia son varias, los tribunales están siendo reacios a evitar las consecuencias de la ruptura de la cadena de custodia en los delitos contra la salud pública, terrorismo y contra la libertad sexual⁵⁰⁶, recuérdese la STS 587/2014, de 18 de julio, (la sentencia del conocido “caso Bretón”)⁵⁰⁷ en general:

- Falta de documentación sobre la incautación.
- Falta de comparecencia en el juicio oral de alguno de los intervinientes en la cadena de custodia para declarar sobre esa cuestión, si la parte acusada no solicitó ni aportó datos sobre la manipulación de las evidencias.
- La comparecencia en juicio de los funcionarios que actuaron que no recuerdan con precisión los actos de la cadena de custodia en los que intervinieron.
- La discrepancia entre el número de envases o bultos conteniendo las sustancias estupefacientes.
- Que la policía no procediera al pesaje de las sustancias incautadas.
- Los errores formales como la unión a otras actuaciones del informe pericial de las sustancias incautadas.
- Errores materiales con relación a las fechas de recepción o remisión de las sustancias estupefacientes.
- Depósito de las evidencias en las dependencias de la policía.
- Entrega de las sustancias incautadas a los Servicios Centrales del Laboratorio en lugar de a los peritos concretos que realizaron el análisis.
- Ausencia de documentación o actas.
- Dilación temporal en el envío al laboratorio correspondiente para su análisis.

⁵⁰⁵ RICHARD GONZÁLEZ. M: “ La cadena de custodia...”, op. cit, págs 3 y 4. Alude también a la necesidad de una regulación legal sobre recogida, análisis y custodia de las evidencias, págs 4 a 7.

⁵⁰⁶ EIRANOVA ENCINAS. E: “Cadena de custodia y pruebas de cargo” en *Diario La Ley* n° 6863. 2018

⁵⁰⁷ Vid. Apto.IV. 1.3 de este Capítulo

Con carácter específico respecto a la prueba electrónica, la cuestión es más compleja. La falta de medios utilizados para realizar el análisis como la Jaula de Faraday, la manipulación de los dispositivos sin tener el cuidado requerido, etc... puede dar lugar a considerar que se ha incurrido en una ruptura de la cadena de custodia, y es que hoy por hoy en España los análisis se centran más en la materialidad, es decir, en dónde se encuentra contenido el dato que es objeto de prueba, mientras que lo importante es el dato en sí mismo, normalizarlo y trasladarlo a un medio con el que se pueda trabajar para que se preserve y se fije, hacer copias matrices para poder trabajar a distintos niveles (el quien, el cómo y el dónde) cuestión que deriva, en definitiva, en que en España no existen protocolos reales sobre materialidad práctica, a pesar de las distintas guías, proyectos o normas de AENOR

1.3- Incorporación al Proceso y Valoración de la Prueba

Si la cadena de custodia es fundamental para garantizar que la prueba llegue íntegra al proceso, que asegure su realidad y se pueda considerar válida y no prohibida por el art. 11. 1 de la LOPJ, la aportación al proceso y su posterior valoración también es indispensable para poder lograr que las evidencias obtenidas desplieguen todos sus efectos.

La adaptación del proceso a las nuevas tecnologías ha sido descoordinada, vacilante y “en ocasiones claramente cortos de visión” debido a la cantidad de normas dispersas que regulan aspectos tan fundamentales para la prueba como el documento electrónico o la firma electrónica⁵⁰⁸

En el marco de la prueba electrónica se considera que los datos almacenados o en un dispositivo electrónico o transmitidos de uno a otro o en la red han de ser aportados en un soporte determinado que va a ser el que establezca el medio de prueba concreto que se va a utilizar.

⁵⁰⁸ PÉREZ GIL. J: “Normas procesales y sociedad de la infomación: entre el tecno-optimismo y los tecno-prejuicios” en Derecho y Conocimiento: Anuario jurídico sobre la socienda de la información y del conocimiento, nº 3. 2005

En primer lugar hay que decir que la aportación al proceso de la prueba electrónica tiene que cumplir con una serie de requisitos, válidos para todos los órdenes jurisdiccionales con independencia de su normativa procesal específica⁵⁰⁹:

- 1- Pertinencia y necesidad: La prueba tiene que ser relevante, que exista una relación lógica entre el hecho que se quiere acreditar con el medio de prueba y los hechos que se discuten. “Aptitud para formar la debida convicción del juzgador”⁵¹⁰ (pertinencia). Los efectos se despliegan en la fase de admisión de la prueba. También tiene que ser útil para esclarecer los hechos controvertidos⁵¹¹ (necesidad), cuyos efectos se despliegan en la fase de la práctica de la prueba⁵¹².
- 2- Tiene que ser lícita. A este respecto es claro que la ilicitud se refiere a lo que denominamos prueba prohibida, es decir, sin violación de derechos fundamentales⁵¹³. En el ámbito de la prueba electrónica es más difícil conseguir mantener intacta la fuente de prueba y que permanezca inalterada hasta el momento de su entrada al proceso, si bien es cierto que la violación de derechos se suele producir en el momento de adquisición de la prueba nada impide que, en algunos casos, también sea durante su práctica, pongamos como ejemplo que para acreditar la veracidad del contenido de un correo electrónico el perito que realiza el informe haya sido intimidado para que la redacción del mismo vaya en una determinada dirección (violación del derecho a la integridad física o psíquica del art. 15 de la CE), dada la complejidad debida al carácter técnico especializado que requiere sería muy complicado determinar si esa prueba se presenta con violación o no de derechos fundamentales.

⁵⁰⁹ En cuanto a los requisitos seguimos los establecidos por DELGADO MARTÍN, J, adaptando en lo posible a lo que se refiere a la prueba electrónica y en particular lo referente a la licitud. DELGADO MARTÍN, J : “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración” en *Diario La Ley* nº 6. 2017

⁵¹⁰ PICÓ I JUNOY. J: “El derecho a la prueba...”, op. cit, pág 45. En el mismo sentido TARUFFO. M: “Studi sulla rilevanza della prova”. Ed. Cedam, Padova. 1970, pág 54. Para TARUFFO una prueba es pertinente cuando el hecho sobre el que recae la prueba es útil para la declaración judicial del hecho probado

⁵¹¹ DE URBANO CASTRILLO. E: “El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa” en “Derechos Procesales Fundamentales”. Manuales de Formación Continua. CGPJ. nº 22. 2004, pág 564

⁵¹² Los efectos de la pertinencia y de la necesidad de la prueba son destacados por PICÓ I JUNOY. J en “La protección del derecho a la prueba en el proceso penal” en *Revista Jurídica de Catalunya*. Vol. 92. nº4. 1993, pág 1057

⁵¹³ Vid. Cap. III, aptdo I. 1 de esta obra

- 3- Tiene que cumplir los requisitos exigidos por las Leyes Procesales propias de cada orden jurisdiccional, ello comprende que los datos que se han obtenido van a tener entrada al proceso por alguno de los medios recogidos en la Ley Procesal correspondiente (siempre teniendo en cuenta que la LEC va a ser supletoria a todos los órdenes jurisdiccionales) y también que se tiene que respetar el procedimiento concreto para ese medio de prueba recogido en la legislación correspondiente.

En principio los medios de prueba que se pueden utilizar son los estipulados en la Ley, es decir, los contenidos en el art. 299 de la LEC: Interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial, interrogatorio de testigos y, sobre todo, lo que establece en su apartado 2 y en su apartado 3: los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas. Cualquier otro medio que no esté previsto en los apartados anteriores.

Igualmente hay que señalar que los arts. 382 a 384 de la LEC permiten a las parte proponer como medio de prueba la reproducción ante el Tribunal de palabras, imágenes y sonidos siempre que se acompañe de la transcripción escrita de las palabras que se contengan en el soporte de que se trate que sean relevantes para el caso. Igualmente la parte que lo proponga puede acompañar ese medio de prueba con dictámenes periciales y otros medios de prueba instrumentales que considere convenientes. Se levantará un acta de todos los actos que se realicen donde se consignará lo que sea necesario para identificar todo lo que se ha llevado a cabo por esos medios así como los dictámenes presentados y el material se conservará por el Letrado de la Administración de Justicia para evitar que sea alterado.

El único límite que se impone por parte del art. 384.1 de la L.E.C es que se pueda ser examinado por el Tribunal y las partes respetándose así los principios de inmediación y de contradicción, como principios fundamentales en un proceso con todas las garantías⁵¹⁴

⁵¹⁴ PÉREZ GIL. J: “Documento informático y firma electrónica: aspectos probatorios” en “El comercio electrónico” (Ob. Col). ECHEBARRÍA SÁENZ. M (Coord); DOMÍNGUEZ LUELMO. A; CALVO CARAVACA. A.L: CARRASCOSA GONZÁLEZ. J y otros. Ed. Edisofer. 2001, pág. 234

Lo que se deduce de esta legislación, y en el terreno específico de la prueba electrónica, los medios probatorios que cobran más fuerza a la hora de demostrar las pretensiones de las partes, son la prueba documental y, sobre todo, la pericial informática, sin perjuicio de que puedan ser reforzados por otros tales como la testifical, el interrogatorio de parte o el reconocimiento judicial, a lo que hay que añadir que será “la dirección técnica del asunto” la que decida que medio de prueba se va a utilizar⁵¹⁵.

En cuanto al documento: Nada impide que el contenido de la prueba ubicado en un soporte electrónico sea impreso y se pueda aportar a través del medio documental, rigiendo para ello el régimen jurídico de la prueba documental que se aplica a todos los órdenes jurisdiccionales.

Es importante destacar que en el plano de la prueba documental cobra mucha importancia la impugnación de contrario ya que, según lo dispuesto en el art. 326 de la LEC, los documentos privados cobran más fuerza probatoria si no son impugnados.

Para poder acreditar la veracidad del documento (a salvo de lo que después se diga sobre la prueba pericial) es conveniente que se indique el archivo auténtico y el original a efectos de cotejo conforme al art., 265.2 de la LEC, facilitando así su accesibilidad al Juez⁵¹⁶

Más interés suscita en esta materia el documento electrónico, al que se le aplica lo dispuesto en los arts. 299.2, 383 y 384 de la LEC y el art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica cuyo apartado 5 define al documento electrónico como: “Aquella información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”. En este caso caben incluir múltiples supuestos: documentos de texto u hojas de cálculo, imágenes digitalizadas, ficheros de sonido, vídeos

⁵¹⁵ RICHARD GONZÁLEZ, M: “Valor como prueba de los mensajes y comunicaciones electrónicas en los procesos de familia” en “Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba”. (Ob. Col) PICÓ I JUNOY. J (Direc); ABEL LLUCH. X (Direc); MIRANDA VÁZQUEZ. C. D (Coord). Ed. J.B. Bosch. 2018, pág 233.

⁵¹⁶ PÉREZ PALACÍ. E: “La prueba electrónica: Consideraciones” en <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/39084/1/PruebaElectronica2014.pdf>, visitada el 10 de julio de 2019, pág 17. En el mismo sentido GARCÍA PAREDES.A: “La prueba en juicio: ¿Y si es electrónica? En *Revista de Contratación Electrónica*. n° 62. 2005

digitalizados o un registro o conjunto de registros dentro de una base de datos y otros muchos⁵¹⁷

El legislador no ha previsto de modo tasado las clases de soportes de almacenamiento que puedan ser aportados ni los dispositivos o unidades de reproducción que puedan ser propuestos, cuestión que parece lógica dada la velocidad con la que los medios tecnológicos varían de manera continua.

Dentro de los documentos electrónicos se pueden distinguir:

- 1- Documento electrónico público: Aquel que es firmado electrónicamente por fedatario público. Pueden ser:
 - Judiciales (art. 317.1 de la LEC)
 - Notariales (317.2 de la LEC y art. 17 bis de la Ley del Notariado y el art. 221 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado⁵¹⁸) pudiendo ser la copia autorizada electrónica de la matriz de la escritura o del acta que figure en su protocolo (únicamente se permite expedirlas para remitir a otro Notario o a un Registrador o a cualquier órgano de la Administración Pública o Judicial) o escritura matriz digital.
 - Certificaciones expedidas por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales (art. 238 de la Ley Hipotecaria)⁵¹⁹.
- 2- Documento público administrativo u oficial: el emanado o autorizado por Secretarios y otros funcionarios que tienen facultad para certificar los actos administrativos de las Administraciones Públicas (art. 317. 3 a 6 de la LEC):
 - Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados

⁵¹⁷ CASTILLEJO MANZANARES. R: “Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios”. Ed. La Ley. 2010

⁵¹⁸ El art. 17 bis de la Ley del Notariado dice: “Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquél de conformidad con la Ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias”.

Por su parte el art. 221 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado dice: “Se consideran escrituras públicas, además de la matriz, las copias de esta misma expedidas con las formalidades de derecho (...); si estuvieran en soporte electrónico, deberán estar autorizadas con la firma electrónica reconocida del Notario que la expide”)

⁵¹⁹ El art. 238 de la Ley Hipotecaria dice: “El Registro de la Propiedad se llevará en libros foliados y visados judicialmente. Los Libros de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles deberá llevarse por medios informáticos que permitan en todo momento el acceso telemático a su contenido. El Registro dispondrá de un sistema de sellado temporal que dejará constancia del momento en que el soporte papel se trasladó a soporte informático”

- Los expedidos pro funcionarios públicos facultados para dar fe (A este respecto el art. 14 de la Ley 39/20015, de 1 de octubre, establece el Derecho y la Obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas a las personas jurídicas, entidades sin personalidad jurídica, quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, quienes representen a un interesado obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración y los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración).
- 3- Documento privado: Aquel que, por descarte, no es ni público ni oficial. Dentro de esta categoría entran las facturas electrónicas (RD 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación) y los “pantallazos” (realización de una fotografía de lo que aparece en un determinado momento en la pantalla de un dispositivo electrónico) a este respecto la STS 300/2015, de 19 de mayo, fijó los criterios para admitir la fuerza probatoria de los “pantallazos” en los que se reflejan el contenido de los mensajes emitidos en redes sociales, y estableció la necesidad de contar con un informe pericial sobre los documentos que se aporten para verificar la veracidad del origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido⁵²⁰.

En cuanto a la prueba pericial informática: Se puede decir que el art. 335.1 de la LEC nos aproxima a lo que es un informe pericial: “Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal”, es decir, la prueba pericial es un medio de prueba de carácter personal, el perito tiene pericia y ello le permite realizar el peritaje⁵²¹.

⁵²⁰ A este respecto ver BUENO DE MATA. F: “La validez de los pantallazos como prueba electrónica: comentarios y reflexiones sobre la STS 300/2015 y las últimas reformas procesales en materia tecnológica” en *Diario La Ley* nº 8728. 2016. En el mismo sentido la STS 754/2015, de 27 de noviembre.

⁵²¹ ALVARADO VELLOSO. A: “La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal). Ed. Tirant Lo Blanch. 2006, pág. 69

En el ámbito de la prueba electrónica la pericia informática cobra aún más importancia debido a la complejidad de esos conocimientos técnicos, del mantenimiento de la cadena de custodia y de la volatilidad de algunos de los hechos que se pretenden demostrar. Ese conocimiento técnico que se aporta al juez es la prueba pericial electrónica, capaz de acreditar, analizar e identificar aquellos datos generados por la actividad electrónica, porque “la prueba informática se caracteriza por su intangibilidad y por ser necesaria siempre una interpretación de los indicios en su forma nativa: los electrones en celdas de memoria DRAM o los campos magnéticos en la superficie de un disco no tienen significado alguno fuera de todo un contexto o universo de prueba”⁵²²

La pericial electrónica, por lo tanto, será necesaria cuando sea imprescindible aportar al proceso determinados conocimientos especializados: Acceder a los datos o información contenidos en un dispositivo cuando es de difícil acceso o en archivos ocultos, encriptados o eliminados, para acreditar o desvirtuar su autenticidad integridad del contenido de la información, estableciendo sin dudas el origen de la misma y que no ha sido manipulada o alterada, para analizar el contenido de la información, cuando sea necesario establecer la autenticidad de un software en delitos contra la propiedad intelectual, conocer las fechas de modificación o creación de archivos o el origen o destino de la información enviada o recibida por medios electrónicos, etc...

En este sentido la STS 375/2018, de 19 de julio, en la que se resolvió un caso de estafa y apropiación indebida y en el que se utilizaron como prueba unos mensajes de whatsapp, estableció el criterio de cuándo resulta necesaria la prueba pericial informática, así: No reesultará necesaria la prueba pericial informática de una comunicación electrónica cuando dicha comunicación venga a corroborar los hechos que ya han sido expuestos mediante otros medios de prueba indubitada, porque su veracidad y su integridad ya se desprende a partir de esos otros elementos de prueba. Sí resultará necesaria la prueba pericial informática de una comunicación electrónica cuando dicho elemento sea la única y aislada prueba que corrobora que unos determinados hechos han tenido lugar. La parte contraria debe de aportar o solicitar un contrainforme pericial de la comunicación electrónica aportada basada no sólo en la posibilidad de que se hubiera

⁵²² ANGUAS BALSERA. J: “EL peritaje en informática en el marco de las disciplinas que le son afines. Puntos de contacto y perfil de la actividad” en *Diario La Ley* nº 7329. 2010

podido manipular o falsear si no en la demostración efectiva de una manipulación, no permitiéndose la impugnación retórica y en términos generales⁵²³.

Los soportes sobre los que puede versar la pericia son variados: Soportes informáticos, tanto portátiles como aquellos que están contenidos en los equipos (disquetes, memorias USB, discos duros externos, tarjetas de memoria adicionales de los teléfonos móviles, etc...), terminales de telefonía móvil, tanto la memoria interna del teléfono como la tarjeta Sim y cualquier otro dispositivo electrónico capaz de almacenar información (GPS, lectores de bandas magnéticas y teclados en cajeros bancarios, etc...)

El acceso a los datos que van a ser objeto de pericia se realizará de la manera más escrupulosa posible a fin de garantizar la cadena de custodia, nos remitimos a ella en cuanto a la forma de accesibilidad de esos datos, para evitar que puedan desaparecer o sufrir cualquier tipo de alteración que supondría su nulidad.

Posteriormente a la realización del análisis el perito emitirá su dictamen en el que detallará de forma clara, en el lenguaje lo más sencillo posible, todos los elementos y procedimientos que haya realizado para llegar a sus conclusiones.

La LEC no especifica el contenido del dictamen, se limita a decir en el art. 346 que será emitido por escrito y en el art. 336.2 que podrán acompañarse de “los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de la pericia”. Sin embargo la LECrim sí establece las pautas que deberá contener el informe pericial:

“1- Descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o del modo en que se halle”

“2- Relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado”

“3- Las conclusiones que en vista de tales datos formulen los peritos, conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte”. Se extenderá la descripción por parte del Letrado de la Administración de Justicia y será suscrita por los intervinientes.

⁵²³ DE LA TORRE RODRÍGUEZ. P: “¿Cuándo es obligatorio aportar un dictamen pericial para aportar como prueba una comunicación electrónica?” en *ELDERECHO.COM*. 8/10/2018. <https://elderecho.com/cuando-obligatorio-aportar-dictamen-pericial-aportar-prueba-una-comunicacion-electronica>. Visitada el 11 de julio de 2018.

Para que acceda al proceso puede haber tres posibilidades: Que se aporte al proceso el informe pericial elaborado por un perito libremente elegido a instancia de parte, que el perito haya sido designado por el Juez a instancia de una o de las dos partes o, por último, que haya sido elaborado por personal de una institución especializada en la materia (por ejemplo, por la policía especializada en delitos informáticos)

En cuanto a la valoración de la prueba electrónica, la regla general es que rige el principio de libre valoración, esa libre valoración se hará conforme a las reglas de la sana crítica. Así en el ámbito civil se dice que “el Tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo..” (se refiere a los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas) “conforme a las reglas de la sana crítica aplicables a aquellos según su naturaleza” (art. 384 LEC).

En relación a la prueba electrónica el art. 384 de la LEC ha sido objeto de críticas en lo que respecta a qué se entiende “según su naturaleza”, en la doctrina existen tres posiciones doctrinales en las que el significado de esa frase difiere. Así, un primer sector doctrinal considera que carece de sentido el hecho de que el legislador la haya incluido, puesto que se entiende que va implícita en las reglas de la sana crítica, se entiende que la libre valoración, bajo esas reglas, supone que incluye tener en cuenta la naturaleza del medio⁵²⁴.

Un segundo sector de la doctrina considera que esa expresión permite distinguir entre los instrumentos informáticos que son semejantes a los audiovisuales y a los que se aplicarían las mismas reglas de la sana crítica del art. 382.3 de la LEC y aquellos otros que, por su naturaleza, se equiparan a los documentos, en cuyo caso se aplicarían las reglas de valoración de éstos⁵²⁵

Por último, aquellos que consideran que la valoración de la prueba electrónica se tiene que hacer conforme a una “sana crítica especialísima” atendiendo a criterios como la naturaleza y características del documento, el conocimiento privado del Juez,

⁵²⁴ ABEL LLUCH. X: “La prueba electrónica”, op. cit, págs 169-172. En cuanto a esta teoría: SACRISTÁN REPRESA.G: “Comentario al art. 384 LEC” en Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. T II. (Ob. Col) FERNÁNDEZ BALLESTEROS. M.A; RIFÁ SOLER. J. M; VALLS GOMBAU J. F (Coords). Ed. Atelier. 2000, pág 1773.

⁵²⁵ ARAGONESES MARTÍNEZ. S: “Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil” (Ob. Col) CUBILLO LÓPEZ.,I; HINOJOSA SEGOBIA. R y otros. Ed. Colex. 2004, pág 185

si va firmado el documento electrónicamente o no, si se apoya en informe pericial et...⁵²⁶

En el ámbito penal la LECrim, el art. 741 hace referencia a que el Tribunal “apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio...”

Es decir, que la prueba electrónica se valorará conforme a las reglas de la sana crítica entendida ésta como “Las reglas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia. Más ampliamente, que son las reglas no jurídicas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia que sirven para fundar una valoración razonada de la prueba y permiten su control posterior por otro órgano posterior”⁵²⁷

En la valoración conforme a las reglas de la sana crítica el Juez ha de tener en cuenta la postura procesal de cada una de las partes en relación con la concreta prueba electrónica, atendiendo si ha existido o no impugnanación sobre la misma y, en definitiva, tiene que realizar una valoración conjunta de la prueba practicada, atribuyendo a cada prueba concreta mayor o menor eficacia probatoria conforme a esas reglas de la sana crítica.

2- LOS DERECHOS EN CONFLICTO

2.1- El Derecho a la Intimidad vs Derecho al Secreto de las comunicaciones

El art. 18 de la CE establece que: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” en cuanto “derivación de la dignidad de la persona humana (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”⁵²⁸.

⁵²⁶ DE URBANO CASTRILLO. E: “La valoración de la prueba electrónica”, op. cit, págs. 51 y ss. GARCÍA PAREDES. A, op. cit, pág 9

⁵²⁷ ABEL LLUCH. X: “Configuración de las reglas de la sana crítica en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil” en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. Vol 25. nº 2. 2013, págs 135-166.

⁵²⁸ SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3 ; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5 ; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2 ; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 4 ; 159/2009, de 29 de junio, FJ 3; 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2 entre otras muchas

“De forma que "lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los límites de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio”⁵²⁹, por lo tanto el derecho a la intimidad confiere a la persona un poder jurídico de abstenerse de cualquier intromisión en su esfera íntima y prohíbe hacer uso de lo que así se conozca⁵³⁰

De esta manera el TC ha matizado y complementado el derecho a la intimidad recogido en nuestra norma constitucional, sin embargo el propio Tribunal también ha especificado que el derecho a la intimidad, al igual que el resto de derechos, no se trata de un derecho “absoluto”, en el sentido de que la injerencia en ese derecho puede encontrar su fundamento en preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicamente protegidos por la Constitución⁵³¹.

Los requisitos, establecidos por el TC, que se necesitan para justificar una injerencia en el derecho a la intimidad son los siguientes⁵³²:

1. La existencia de un fin constitucionalmente legítimo
2. Que la medida limitativa del derecho esté prevista en la Ley, cumpliendo así con el principio de legalidad.
3. Que sea acordada mediante una resolución motivada “si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad”⁵³³
4. Estricta observancia del principio de proporcionalidad que se concretará en estas condiciones⁵³⁴:

⁵²⁹ SSTC 127/2003, de 30 de junio y 89/2006, de 27 de marzo

⁵³⁰ SSTC 196/2004, de 15 de noviembre ; 206/2007, de 24 de septiembre ; y 70/2009, de 23 de marzo .

⁵³¹ SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3, 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2 y 115/2013, de 9 de mayo, FJ 5

⁵³² SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10

⁵³³ STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2

⁵³⁴ STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3

- a) Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad).
- b) Si es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad).
- c) Si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Ejemplo de ello es "el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal"⁵³⁵, porque aunque el art. 18.1 no prevé específicamente que el derecho a la intimidad tenga que ser sacrificado legítimamente, como si ocurre con los reconocidos en los arts. 18.2 y 18.3, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata un interés más importante que el de la persona en mantener la privacidad de una determinada información, esto presupone que la injerencia en el derecho a la intimidad está respaldada por la legalidad autorizante de las fuerzas del orden.

La utilización de las nuevas tecnologías, a través de las cuales las personas se interrelacionan en un espacio cibernético, totalmente distinto al espacio físico tradicional, ha planteado un nuevo problema a los Tribunales en relación con los derechos constitucionalmente reconocidos, de tal manera que a través de sus interpretaciones ha delimitado el ámbito de cada uno de ellos ya que, debido a esa nueva forma de relaciones personales, derechos como la intimidad o el secreto de las comunicaciones se entremezclan resultando muy difícil determinar hasta que punto se ha respetado uno y se ha violado el otro.

El Derecho al secreto de las comunicaciones recogido en el art. 18.3 de la CE que dispone: "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial", se extiende sobre toda clase de comunicación no sólo a los medios tradicionales, así las nuevas tecnologías que permiten la comunicación, la transmisión de datos e informaciones entre personas, también queda amparado por la protección de este derecho, a este respecto la STS 714/2016, de 26 de septiembre, ha señalado que "la protección constitucional del secreto

⁵³⁵ SSTC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6 y 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6

de las comunicaciones abarca todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental, y también los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro, no teniendo limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse”⁵³⁶, esa ampliación lógica a todos los medios que puedan surgir, por la complejidad de las nuevas tecnologías, hace que el derecho a la intimidad y el secreto a las comunicaciones permanezcan ligados a través de una fuerte conexión a veces muy difícil de desentrañar.

Es muy significativa la STC 173/2011, de 7 de noviembre, en la que se solicita el amparo por un condenado como autor de un delito de distribución de pornografía infantil cuya prueba fundamental fueron los archivos de su ordenador portátil descubiertos por un informático encargado de repararlo. El TC reconoce que los soportes informáticos quedan amparados por el derecho a la intimidad pero deniega el amparo sosteniendo que las injerencias están justificadas por las siguientes razones: El informático contó con el consentimiento del autor del delito para acceder al ordenador personal de éste, ya que le fueron facilitadas las claves necesarias de acceso lo que hace suponer que el recurrente no tenía intención alguna de preservar para su esfera íntima y personal los archivos allí contenidos, incluidos los de contenido pedófilo.

El consentimiento del sujeto particular permite que se pueda inmiscuir en su derecho a la intimidad ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de su intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno⁵³⁷, aunque también se reconoce que ese consentimiento puede ser revocado en cualquier momento, sólo se considerará que se ha vulnerado el derecho a la intimidad personal cuando la intromisión “aún autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida”⁵³⁸.

El acceso por parte de la policía al contenido del ordenador personal estaba justificado, a pesar de carecer orden judicial, por el principio de proporcionalidad debido

⁵³⁶ En el mismo sentido las STS 367/2001, de 22 de marzo y 1377/1999, de 8 de febrero

⁵³⁷ SSTC 83/2002, de 22 de abril FJ 5; 196/2006, de 3 de julio, FJ 5

⁵³⁸ SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2

a la necesidad urgente de esclarecer un delito de distribución de pornografía infantil y evitar que se pudieran borrar los contenidos.

La sentencia remarca en su FJ 3 que “el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado”⁵³⁹

Para desligar un derecho de otro la Jurisprudencia ha establecido que el derecho al secreto de las comunicaciones se refiere al proceso de comunicación en sí mismo, pero una vez terminado el proceso de comunicación la protección constitucional de lo recibido pasa a residenciarse en el esquema de protección constitucional del derecho a la intimidad⁵⁴⁰, en este sentido: “La comunicación ha visto ya culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, cuya tutela constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones”⁵⁴¹.

⁵³⁹ En este sentido la STC (FJ 3) mencionada clarifica lo que supone el derecho a la intimidad en el ámbito de las nuevas tecnologías: “Si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados, a que se ha hecho referencia anteriormente, están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) -por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica-, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Es evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc. Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona”.

⁵⁴⁰ SSTC 70/2002, de 3 de abril; 123/2002, de 20 de mayo. SSTS 1235/2002, de 27 de junio; 1647/2002, de 1 de octubre; 864/2015, de 10 de diciembre y 489/2018 de 23 de octubre

⁵⁴¹ STS 342/2013, de 17 de abril, FJ 8

Las consecuencias de que se trate de uno u otro derecho son muy importantes puesto que existe un matiz, establecido por la propia interpretación jurisprudencial, que hace que en un caso sí exista violación del derecho y en otro no: la autorización judicial. De tal manera que la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones precisaría de esa autorización habilitante, porque así expresamente lo ha dispuesto el art. 18.3 de nuestra Constitución, “la diligencia que afecta a la intimidad del investigado se encuentra, en cambio, legalmente autorizada a las fuerzas del orden, siempre por supuesto que la misma resulte justificada con arreglo a los criterios de urgencia y necesidad y que se cumpla el requisito de proporcionalidad al ponderar los intereses en juego en el caso concreto”⁵⁴², de ahí que en el ámbito penal se permita, en ocasiones, la injerencia en el derecho a la intimidad con los requisitos expuestos, sin necesidad de intervención judicial porque “Que una actuación pueda menoscabar la intimidad - registro de una maleta o unos papeles- no significa a priori y como afirmación axiomática que no pueda ser acordada por autoridades diferentes de la jurisdiccional. La jurisdiccionalidad es exigible en algunos casos; en otros, no”⁵⁴³

En el ámbito del Derecho de Familia la cuestión es más compleja debido a las relaciones de confianza que se presuponen entre los miembros de la familia y las obligaciones paternofiliales, de tal manera que no incurre en el delito de revelación de secretos el progenitor que accede a los mensajes contenidos en el teléfono del hijo por entender que “la vigilancia de la actividad en las redes sociales de los menores de edad por los padres se incluye entre las obligaciones que el art. 154 del Cc imponen a los que ejercen la patria potestad”.⁵⁴⁴

En definitiva, se declarará ilícita la prueba que sea obtenida a través de las intervenciones de las comunicaciones de terceros como el mero acceso a la cuenta de correo o de mensajería sin el consentimiento del titular pero no se considerará violado este derecho cuando el que utiliza los datos de la comunicación es parte de ella (ejemplo, los grupos de watsapp o envíos de correos electrónicos) y sí puede considerarse una violación del derecho a la intimidad⁵⁴⁵.

⁵⁴² STS 1148/2010, de 12 de diciembre; 460/2011 de 25 de mayo

⁵⁴³ STS 489/2018, de 23 de octubre, FJ 4

⁵⁴⁴ RICHARD GONZÁLEZ. M: “Valor como prueba...”, op. cit, pág 227

⁵⁴⁵ RICHARD GONZÁLEZ. M: “Valor como prueba...”, op. cit, pág 224

Como colofón, no hay que olvidar que la STC 114/1984, de 29 de noviembre, base de la creación de la figura de la prueba prohibida en nuestro país, fundamento del art. 11.1 de la LOPJ, ya decía en su FJ 8 “Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba ésta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales, como advierte el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones). La grabación en sí -al margen su empleo ulterior- sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético «derecho a la voz» que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún Derecho extranjero. Tal protección de la propia voz existe sólo, en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada ad extra y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad”

2.2- El Derecho a la Protección de Datos

Los derechos fundamentales afectados por el uso indebido de las nuevas tecnologías o por la investigación de esos usos, analizados en el apartado anterior, mantienen una línea más o menos clara en lo referente a su existencia, requisitos y efectos de su vulneración que se derivan, principalmente, de medidas como la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, grabaciones de imagen o registro de dispositivos y equipos informáticos, tal y como viene denominado en la LECrim.

Más problemático resulta el caso de aquellos supuestos en los que el derecho que entra en juego es el recogido en el art. 18.4 de la CE, cuando dice: “La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, es decir, la protección de datos. El problema de la implantación y el uso de las nuevas tecnologías en nuestra sociedad hacen que se acumulen una gran cantidad de datos personales que pueden poner en peligro la intimidad de las personas y ocasionar violaciones del derecho a la protección de datos.

Este derecho, a pesar de estar ligado al derecho a la intimidad recogido en el art. 18.1 de la CE, es un derecho autónomo y debería estar incluido en el marco de las garantías del debido proceso para que se pudiera exigir la intervención judicial en la ejecución de medidas que puedan afectar a este derecho⁵⁴⁶. De la misma manera “contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos , sin que, por ello, deje de ser un derecho fundamental, “el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos”⁵⁴⁷.

También está ligado al derecho al secreto de las comunicaciones, en aquellos supuestos en los que los datos son recabados a través de un sistema de comunicaciones electrónicas no se compromete el derecho al secreto de las comunicaciones al no realizarse la comunicación entre personas si no entre máquinas, ejemplo de ello son los dispositivos de seguimiento y localización como las balizas policiales, las comunicaciones entre un terminal y el repetidor, las redes wifi o las aplicaciones para los teléfonos móviles que utilizan datos de geolocalización⁵⁴⁸

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, definía en su art. 3 los datos de carácter personal como: “Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”, y la Jurisprudencia del TC ha ido matizando al establecer su contenido : “el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero

⁵⁴⁶ PÉREZ GIL. J: “ Entre los hechos y la prueba: reflexiones acerca de la adquisición probatoria en el proceso penal” en Rev. Jurídica de Castilla y León, nº 14, 2008, pág. 246

⁵⁴⁷ STC 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7. Esta sentencia resolvía los recursos de inconstitucionalidad planteados por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña, el Defensor del Pueblo, el Parlamento de Cataluña y por diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD). Y STC 292/2000, también de 30 de noviembre, FJ 4, que resolvía el recurso planteado por el Defensor del Pueblo, contra algunos preceptos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

⁵⁴⁸ Para RODRÍGUEZ LAINZ las balizas policiales son dispositivos electrónicos que generan información sobre localización que emitiendo señales de radiofrecuencia permiten un seguimiento. “Este tipo de dispositivos no generan una especie de comunicaciones en las que participara de manera forzada la persona que conduce o transporta el objeto de la vigilancia. La emisión de tales señales, en cualquier caso, se produce de forma ajena a la participación de personas, tiene lugar de máquina a máquina” RODRÍGUEZ LAINZ. J.L: “GPS y balizas policiales” en *Diario La Ley*, nº8416. 2014, pág 697

recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos⁵⁴⁹.

Con la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales se va más allá ya que dentro de su objeto se comprende el “Garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución” (art. 1.b), dada la complejidad que supone la existencia de las nuevas tecnologías en cuanto a la protección de datos se refiere al producirse una gran recopilación de ellos sin un espacio físico palpable de difícil control.

Dentro del ámbito que afecta a la prueba es importante destacar el art. 4 de la Ley en el que se establece la obligatoriedad de la exactitud de los datos, de acuerdo con el Reglamento de la UE 2016/679, los datos serán exactos y, si fuera necesario, actualizados. Esta previsión hace que, independientemente de las sanciones administrativas que pudieran recaer, los datos contenidos en los ficheros hagan prueba de su veracidad a dos niveles valorativos: en primer lugar se debe analizar “la veracidad objetiva del propio dato” y posteriormente “la incidencia que ese dato pueda tener el ámbito general de la prueba”. Esa veracidad incluye la licitud del dato ya que la incorporación de ese dato al proceso o el fichero que lo contiene de forma prohibida incide en que pueda ser considerado como prueba, a pesar de que la casuística es escasa al entender la Jurisprudencia que se violan otros derechos como el secreto de las comunicaciones⁵⁵⁰, dentro de esta Jurisprudencia destacan los supuesto de obtención por

⁵⁴⁹ Por todas la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 7

⁵⁵⁰ CASERO LINARES. L: “Nulidad de la prueba por vulneración de los principios y derechos sobre protección de datos” en “Nuevas tecnologías, protección de datos personales y proceso penal” (Ob. Col). GUTIÉRREZ ZARZA. A (Coord.); BAYO DELGADO. J; CASERO LINARES. L y otros. Ed. La Ley. 2012, págs 396 y ss. El autor se refiere al art. 4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de

parte de la policía, sin previa autorización judicial, de números IMSI o IMEI⁵⁵¹, lectura por parte de la policía de mensajes grabados en el teléfono móvil del detenido⁵⁵², la obtención por parte del juez de instrucción del listado de llamadas efectuado por un imputado⁵⁵³ o toma de muestras de ADN sin consentimiento del titular⁵⁵⁴, en todas ellas se ha considerado que la prueba fue obtenida violentando el derecho fundamental a la protección de datos.

La propia Ley establece una serie de derechos y garantías de nuevo cuño⁵⁵⁵ a los que se les aplica lo dispuesto en la Constitución y en los Tratados Internacionales respecto a los derechos más tradicionales, así el art. 79 establece: “Los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales en que España sea parte son plenamente aplicables en Internet. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los proveedores de servicios de Internet contribuirán a garantizar su aplicación”, para continuar detallando los derechos específicos que afectan y están relacionados con la protección de datos: Derecho a la neutralidad en internet, derecho de acceso universal a internet, derecho a la seguridad digital, con la obligación impuesta a los proveedores de servicios de informar a los usuarios sobre sus derechos, derecho a la educación digital, protección de los menores en internet, derecho de rectificación en internet, derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales, protección de datos de los menores en internet, derecho al olvido en búsquedas de internet, derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes, derecho de portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes y derecho al testamento digital.

También establece una serie de derechos específico que afectan al ámbito laboral: Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo,

Protección de Datos de Carácter Personal, hoy derogada, pero el artículo del mismo numeral de la nueva Ley hace referencia a lo mismo

⁵⁵¹ SSTs 756/2009, de 29 de junio; 880/2009, de 7 de julio; 853/2010, de 15 de octubre.

⁵⁵² STS 136/2009, de 10 de febrero

⁵⁵³ STS 247/2010, de 18 de marzo

⁵⁵⁴ STS 680/2011, de 22 de junio

⁵⁵⁵ Vid. Apto III, 2.3 de este Capítulo

derecho a la intimidad ante la utilización de los sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, con la salvedad de que: “Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión” y, por último, derechos digitales en la negociación colectiva.

Precisamente es en el ámbito laboral donde más problemas ha suscitado la obtención de pruebas electrónicas, especialmente en el uso particular por parte de los trabajadores de los instrumentos puestos a disposición por los empleadores, para que la prueba no sea declarada nula conforme al art. 11.1 de la LOPJ y 9.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

La importancia de la regulación de la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales se refleja claramente en asuntos como en la STC 29/2013, de 11 de febrero. En ella se imponen sanciones disciplinarias a un trabajador de la Universidad de Sevilla porque las grabaciones realizadas por las cámaras de vídeo-grabación ubicadas en los accesos al recinto, debidamente señalizadas, con sus advertencias al público y la autorización de la Agencia Española de Protección de Datos, reflejaban irregularidades en cuanto al cumplimiento de la jornada laboral del trabajador.

El TC consideró que se producía una violación del derecho fundamental a la protección de datos, recogido en el art.18.4 de la CE, ya que se captó la imagen del trabajador, siendo ésta un dato de carácter personal, sin haber informado previa y expresamente, de forma clara, precisa e inequívoca a los trabajadores de que la finalidad de la captación de imágenes era el control de su actividad laboral. Esa información debía concretar en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, el tiempo de ese examen y para qué se iban a utilizar. Consecuencia de ello, se declararon nulas las grabaciones, si hubiera existido la regulación actual, posiblemente la resolución hubiera variado.

La conclusión más importante a la que se puede llegar es que, una vez más, la Jurisprudencia ha sido el motor que mueva al legislador a adaptar las leyes a las nuevas

necesidades sociales evidenciadas por los problemas que se van resolviendo caso a caso en los tribunales.

2.3- Los nuevos Derechos Tecnológicos

Uno de los problemas más importantes que plantea la prueba electrónica en la actualidad es la relacionada con una serie de derechos de reciente creación jurisprudencial, recogidos algunos por parte de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Ciertamente la Exposición de motivos de la La Ley antedicha ya establece: “Los constituyentes de 1978 ya intuyeron el enorme impacto que los avances tecnológicos provocarían en nuestra sociedad y, en particular, en el disfrute de los derechos fundamentales. Una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales. Pero, en tanto no se acometa este reto, el legislador debe abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente, encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española y que, en algunos casos, ya han sido perfilados por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea”.

Con esas palabras el legislador ya va intuyendo la problemática que suponen en la práctica la utilización de las nuevas tecnologías en lo referente a los derechos afectados por ellas y todo lo que implican. En efecto, la entrada de las nuevas tecnologías, sobre todo internet, es el punto de partida para el ejercicio de otros derechos que han de ser protegidos y respetados como la libertad de expresión e información, de reunión, asociación y participación, protección de la vida privada, de los datos personales y de educación⁵⁵⁶, sin embargo también ha dado lugar a la creación de otros

⁵⁵⁶ SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador” en Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS) nº9. 2016, pág 79.

MINERO ALEJANDRE. G: “A vueltas con el “derecho al olvido”. Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital” en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid nº 30. 2014, pág 130. Para esta autora “El desarrollo de Internet y de los aparatos que permiten su uso diario ha hecho surgir una serie de circunstancias sin precedentes, en las que tiene que establecerse un equilibrio entre diversos derechos fundamentales, como

nuevos que engloban a todos los anteriores y que no tienen una regulación específica en nuestra Constitución.

Este trabajo se trata de la prueba prohibida y su evolución en el Derecho español, teniendo en cuenta lo analizado en el apartado I de este Capítulo, la prueba prohibida es aquella que “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, tal y como reza el art. 11.1 de la LOPJ, (fruto de la STC 114/1984, de 29 de noviembre) cabe preguntarse ¿a qué derechos y libertades fundamentales, específicamente se refiere la Ley? La respuesta lógica, y como aquí se ha tratado, es la de que son aquellos recogidos en la Constitución Española (los contenidos en el Capítulo II del Título I) pero con la entrada de los nuevos retos tecnológicos o digitales cabría hacerse una nueva pregunta ¿en qué punto la utilización de las nuevas tecnologías (telefonía móvil, internet y todas las aplicaciones que permiten las comunicaciones a través del ciberespacio, los datos almacenados y su intercambio, et...) ha cambiado el encuadre de los derechos tradicionales, se puede ubicar dentro de ellos o, por el contrario, exigen una nueva regulación específica?.

Parte de la respuesta la ha dado la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales ya mencionada y la Jurisprudencia, pero aún queda otro interrogante cuya respuesta puede ser peligrosa: En el ámbito de la prueba prohibida ¿Pueden esos derechos, constitucionalmente inexistentes, ser alegados como violados para excluir la prueba obtenida?

La Jurisprudencia ha configurado una nueva serie de derechos que, aparentemente, no tienen cabida de momento en nuestra Constitución, así y a modo de ejemplo podemos destacar párrafos de decisiones de nuestros tribunales que configuran esos derechos: STS 342/2013, de 17 de abril, FJ 8: “Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de nomen iuris propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de

la libertad de expresión, el derecho a la información y la libertad de empresa, por un lado, y la protección de la privacidad de los particulares, por otro.”

las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital”.

STS 587/2014, de 18 de julio, FJ 4: “(...) el contenido del ordenador está íntimamente ligado al derecho fundamental al entorno digital, que a su vez se descompone en los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la intimidad y a la protección de datos”.

STS 489/2018, de 23 de octubre, FJ 5: “Algunos precedentes alientan la aparición de un derecho vinculado a los mencionados pero con cierta vocación de emanciparse para cobrar autonomía e identidad propias. Partiendo de la plurifuncionalidad de los datos que se almacenan en cualquier ordenador y otros dispositivos asimilables por su capacidad de acumular información vinculada a una persona (smartphone) se conviene en la necesidad de un tratamiento unitario a partir de la proclamación de un derecho al entorno digital. Sería un derecho de nueva generación que serviría para alumbrar y justificar distintos escalones de protección jurisdiccional”.

STC 58/2018, de 4 de junio de 2018, FJ 4: “En efecto, aún no hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre el “derecho al olvido” o “derecho al olvido digital” como posible proyección del derecho al honor, a la intimidad (art. 18.1 CE) o a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE), en relación con las hemerotecas digitales y su eventual consideración como uno de los ámbitos a través de los cuales se puede manifestar el ejercicio de las libertades informativas. Los avances tecnológicos y el fenómeno de la globalización a través de internet y de otras vías dan lugar a nuevas realidades que, de una u otra forma, pueden incidir sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, su delimitación y su protección, lo que obliga a este Tribunal a una constante labor de actualización de su doctrina para adecuarla a la cambiante realidad social, con el fin de dar una respuesta constitucional a esas nuevas situaciones, que, por otro lado, es algo inherente al propio fundamento de la reforma del recurso de amparo introducida en nuestra Ley reguladora por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo”.

STS 723/2018, de 23 de enero de 2019, FJ 3 y nombrando la STS 204/2016 de 10 de marzo: "La razón de ser de la necesidad de esta autorización con

carácter generalizado es la consideración de estos instrumentos como lugar de almacenamiento de una serie compleja de datos que afectan de modo muy variado a la intimidad del investigado (comunicaciones a través de sistemas de mensajería, por ejemplo, tuteladas por el art 18 3º CE , contactos o fotografías, por ejemplo, tuteladas por el art 18 1º CE que garantiza el derecho a la intimidad, datos personales y de geolocalización, que pueden estar tutelados por el derecho a la protección de datos, art 18 4º CE). La consideración de cada uno de estos datos de forma separada y con un régimen de protección diferenciado es insuficiente para garantizar una protección eficaz, pues resulta muy difícil asegurar que una vez permitido, por ejemplo, el acceso directo de los agentes policiales a estos instrumentos para investigar datos únicamente protegidos por el derecho a la intimidad (por ejemplo, los contactos incluidos en la agenda), no se pueda acceder o consultar también otros datos tutelados por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones albergados en el mismo dispositivo. Es por ello por lo que el Legislador otorga un tratamiento unitario a los datos contenidos en los ordenadores y teléfonos móviles, reveladores del perfil personal del investigado, configurando un derecho constitucional de nueva generación que es el derecho a la protección del propio entorno virtual".

De todo ello se puede deducir el reconocimiento de unos derechos nuevos, independientes, con sustantividad propia que hacen necesaria una inclusión dentro de nuestra Constitución para dotarles de protección y garantías frente a posibles abusos e intromisiones, como así ha quedado demostrado.

Se han analizado a lo largo de todo este trabajo los derechos que pueden resultar vulnerados en el ámbito de la prueba prohibida, secreto de las comunicaciones, intimidad, datos personales, inviolabilidad del domicilio etc... que han dado lugar o bien a la aplicación del art. 11.1 de la LOPJ o bien a la aplicación de alguna de sus excepciones pero en relación con estos nuevos derechos no existe aplicación alguna, hasta el momento, es más, cada vez que se ha alegado la vulneración del derecho al entorno virtual o a la identidad virtual o a la autodeterminación informativa, nuestros tribunales lo han derivado hacia algunos de los derechos tradicionales existentes (derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones o protección de datos) como partes integrantes de esos nuevos derechos, pero sin posibilidad de declarar vulnerado,

en sí mismo, cualquiera de esos nuevos derechos sencillamente porque constitucionalmente no existen⁵⁵⁷.

IV- EL FUTURO: CAUSAS DEL DECLIVE

La STC 114/1984 de 29 de noviembre consideró el fundamento de la prueba prohibida estaba en la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales, la supremacía que ocupan dentro de la propia Constitución y ese fundamento es el que lleva a dar prioridad a garantizar esos derechos por encima de la búsqueda y descubrimiento de la verdad. Esa es la principal diferencia que existe con respecto al modelo anglosajón en el que, al ser adversarial, el sistema de control judicial abarca también a las labores policiales (recordemos que en EEUU la policía trabaja mano a mano con la fiscalía, es la policía la que presenta las pruebas para que el fiscal decida si hay causa probable para ir a un juicio, que después pasa a la judicial a través del “Control Gersetein”, la audiencia preliminar y el Gran Jurado es decir, que la labor policial está controlada en todo momento por los órganos judiciales) y eso es lo que propicia que el fundamento de la prueba prohibida en el sistema estadounidense sea el efecto disuasorio para evitar conductas policiales ilícitas. Esta comparativa es necesaria para entender una de las causas del declive de la regla de exclusión probatoria: la desconstitucionalización de su propio fundamento.

⁵⁵⁷ Ejemplo de ello es la STS 140/2019, de 13 de marzo, en la que se resuelve el recurso de casación interpuesto por varios condenados por la Audiencia Nacional por los delitos de integración en organización terrorista, delitos de captación y adoctrinamiento terrorista y adoctrinamiento pasivo terrorista, en cuya investigación sobre las redes sociales utilizadas por los condenados y mensajería a través del whatsapp se utilizó la figura del agente encubierto virtual (hoy permitida por el art. 282 bis de la LECrim), eso le sirvió de base a la defensa para alegar que se habían violado sus derechos a la intimidad, o a la identidad virtual, a la autodeterminación informativa y al propio entorno virtual. El TS consideró que, además y a pesar de que la figura del agente encubierto virtual era del todo legal, la actuación del agente encubierto podría vulnerar el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones por parte de las autoridades, siendo necesario para evitarlo obedecer a un fin legítimo, ser proporcional y estar amparada legalmente pero nada responde acerca de la alegación realizada por la defensa sobre la violación de esos nuevos derechos.

1- LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA: EL EFECTO DISUASORIO

La influencia de la jurisprudencia norteamericana a producido el efecto de “pervertir” el fundamento y la propia sustantividad de la prueba prohibida en España, en primer lugar en lo que se refiere a la aplicación de las excepciones sobre el efecto reflejo de la regla de exclusión, todas con origen en la jurisprudencia de EEUU, algunas de las cuales tienen un anclaje forzado en nuestro sistema.

El artc. 11.1 de la LOPJ dice que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales” lo que significa que no hace ninguna distinción entre pruebas obtenidas de manera directa a aquellas que se han obtenido de manera derivada o indirecta, por lo tanto ambas deberían de gozar del mismo nivel de protección porque de realizar esa distinción se estaría desvirtuando la protección garantista del propio precepto que la regula y porque, como muy bien lo desarrolla ASECIO MELLADO, “de este modo la violación del derecho originario se subordina a la eficacia de la prueba derivada al entender la jurisprudencia que, cuando el requisito constitucional que generó la nulidad de la prueba originaria, aunque suficiente para decretarla, no debe operar con la misma intensidad respecto de la derivada, se rompe la vinculación llamada jurídica, que se convierte así en una mera homologación indirecta de lo nulo”⁵⁵⁸.

De ahí que el efecto disuasorio, que rige como primordial en el derecho norteamericano y que nuestra jurisprudencia ha ido incorporando poco a poco en su doctrina,⁵⁵⁹ no ya como algo complementario del fundamento garantista si no como algo que va convirtiéndose en la justificación de su existencia, sea uno de los motivos que más perjuicio ha causado a la prueba prohibida y es que “al contrario del sistema estadounidense lo que está en juego en nuestro sistema constitucional no es la disuasión

⁵⁵⁸ ASECIO MELLADO, JM: “Problemas Actuales de la Justicia Penal...”, op. cit, pág 250

⁵⁵⁹ Vid. Cap. III, epígrafe 2 de este estudio. A modo de ejemplo de esa jurisprudencia destacamos las SSTs 501/97, de 18 de abril, y la 538/97 de 23 de abril que señalan: "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 disuasorio de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal (*Deterrent effect*)

policial (que se proyecta al futuro), ni siquiera el derecho fundamental sustantivo (lesión ya consumada y que corresponde al pasado) si no el propio modelo constitucional de proceso”⁵⁶⁰.

1.1- Efectos

Considerar el efecto disuasorio como soporte vital de la prueba prohibida conlleva una serie de consecuencias que se alejan de su espíritu inicial y que dan cabida a nuevas excepciones, más destructivas por el hecho de que se deja de aplicar la regla, no ya sobre el efecto reflejo de las pruebas derivadas de la misma si no sobre su propio uso directo, que ponen en duda la supervivencia de la propia prueba prohibida.

La entrada del efecto disuasorio como fundamento de la regla de exclusión ha significado que se deje abierta la puerta para la excepción más radical de la prueba prohibida, la excepción de la buena fe, ya que si se presume que los agentes policiales han obrado sin mala fe no es necesario que entre en juego la prueba prohibida, sencillamente porque ese efecto disuasorio carecería de sentido.

Es cierto que nuestros tribunales no han aplicado la excepción de la buena fe, como fuente de aplicación sobre el efecto directo de las pruebas obtenidas como vulneración de derechos fundamentales⁵⁶¹, pero sí han acudido a ella como referente, junto a otros parámetros, en ámbitos de exclusión del efecto reflejo de la prueba prohibida (sobre todo en el ámbito del hallazgo causal) pero el germen de esa posibilidad, por el citado efecto disuasorio, está sembrado.

El peligro de que en un futuro la excepción de la buena fe tenga una cabida más efectiva en nuestra jurisprudencia implicaría que se dejase al albur de los tribunales la consideración de aplicar o no la regla de exclusión, con la consiguiente inseguridad jurídica que eso conllevaría por la disparidad de criterios que pudieran surgir de unos órganos judiciales a otros, del mismo modo la motivación que éstos pudieran utilizar

⁵⁶⁰ DÍEZ CABIALE J.A y MARTÍNEZ MORALES, R: “La teoría de la conexión de antijuricidad” en *Revista Jueces para la Democracia* nº 43. 2002, pág 42

⁵⁶¹ Recordar que la STC 22/2003 de 10 de febrero se calificó a la regla de exclusión, cuando existía buena fe en el sujeto infractor, como de un “remedio impertinente y excesivo”. Si bien se puede considerar que esta sentencia supone un caso aislado en la jurisprudencia constitucional, también es cierto que se dejó sembrada la semilla para futuros usos de la excepción de la buena fe

tendría que ser harto compleja para evitar cercenar los derechos procesales penales pues como dice MIRANDA ESTAMPRES “en el ámbito de la prueba ilícita lo verdaderamente relevante no son las creencias de los concretos agentes actuantes (policías o judiciales) si no la constatación objetiva de la violación de un derecho fundamental. Constatada su presencia la consecuencia debe ser la prohibición de admisión y la prohibición de valoración de la prueba así obtenida pues está en juego la propia noción de proceso justo o equitativo”.⁵⁶²

Por otro lado sería una tarea árdua y prácticamente imposible dilucidar si la policía a obrado de buena fe o no ya que, en la práctica, es ya una misión casi imposible el desvirtuar sus declaraciones en sede judicial por la presunción de veracidad que ostentan y porque la mayoría de las veces se remiten al atestado por lo que es prácticamente imposible que pequen de caer en cualquier tipo de contradicción, con lo que el atisbar una buena o mala fe se tornaría prácticamente en utópico.

Otro de los efectos de admitir el efecto disuasorio como fundamento de la regla de exclusión es la imposibilidad de su aplicación cuando las pruebas hayan sido obtenidas por particulares, ya que si un particular obtiene una prueba violentando los derechos fundamentales no tendría sentido ese efecto disuasorio cuyo único objetivo es el de evitar que los poderes públicos cometan abusos frente a los particulares.

La doctrina es prácticamente unánime al pronunciarse acerca de la irrelevancia de la naturaleza del sujeto infractor⁵⁶³. Que la violación de un derecho fundamental sea producida por un sujeto público o privado no es (o no lo era hasta ahora, como veremos en el epígrafe siguiente) determinante a la hora de decidir si se excluye o no del procedimiento la prueba así obtenida. La justificación de esta postura viene dada porque la propia Constitución Española establece en su art. 9.1 que “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”,

⁵⁶² MIRANDA ESTAMPRES, M: “La regla de exclusión de la prueba ilícita:..”, op. cit, pág 65 de la misma opinión MARTÍNEZ GARCÍA que considera que supondría un choque frontal con nuestro modelo de proceso. MARTÍNEZ GARCÍA, E, op. cit, pág 191

⁵⁶³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J, op. cit, págs 133, 134 y 146. PASTOR BORGOÑÓN, B, op. cit, págs 341, 342 y 345, 347. BERNAL CUÉLLAR, J: “Interceptación telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal” en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, nº 4, especial. 1990, pág 382. MIRANDA ESTAMPRES, M: “ El concepto de prueba ilícita...”, op. cit, pág 27. GÁLVEZ MUÑOZ, L, op. cit, págs 107 y sig. GONZÁLEZ MONTES, J. L, op. cit, pág 368

es decir que no establece distinción alguna ni obliga a unos a cumplir más que a otros, están en un plano de igualdad en cuanto al cumplimiento de la Ley.

Por otra parte la propia sentencia del TC 114/1984 de 29 de noviembre, pionera en la materia, hacía referencia a un caso en el que la prueba discutida consistía en unas grabaciones telefónicas realizadas por un particular y establecía en su FJ 4 que lo importante era constatar la resistencia de la causa ilícita frente a los derechos fundamentales en su doble vertiente de derechos subjetivos de los ciudadanos y de elementos esenciales del ordenamiento jurídico y estableciendo que “esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del capítulo segundo del título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el “deterrent effect” propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos)”.

El propio TC, en la sentencia mencionada, interpreta que no tiene trascendencia jurídica el hecho de que la violación haya sido producida por un acto realizado por un particular o por un poder público, a lo que hay que prestar atención es al derecho fundamental vulnerado.

En otro orden de cosas, si el hecho de que la prueba prohibida hubiese sido obtenida por un particular significa que se considera lícita cabría hacerse estas preguntas: ¿qué ocurriría en los procedimientos civiles en los que rige el principio de aportación de parte? Y ¿qué valor se le daría entonces al art. 287 de la LEC?. Pues bien, a estos interrogantes habría que responder:

1. El principio de aportación de parte significa que son las partes las únicas que pueden aportar los hechos al proceso, así lo establece la propia LEC en su art. 216 al hablar del Principio de Justicia Rogada: “Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”, corroborado por el art. 282 del mismo cuerpo legal que atribuye la iniciativa probatoria a las partes, con la excepción de que el tribunal pueda acordar de oficio la práctica de otras cuando así lo permita la ley. Es decir que las pruebas tienen que ser presentadas por los particulares salvo casos excepcionales

recogidos en la ley, por lo que se deduce que si son las partes las que aportan el material probatorio, únicamente son, igualmente ellos, los que pueden introducir la ilicitud en el proceso lo que implicaría que sería imposible aplicar la exclusión probatoria en dichos procesos y, consecuentemente, el art. 11.1 de la LOPJ y el 287 de la LEC, cuestión harto absurda por cuanto lo dispuesto en la LOPJ alcanza a todo tipo de procesos como así ha demostrado la jurisprudencia sobre la materia⁵⁶⁴.

2. Como consecuencia de lo expuesto anteriormente la única conclusión posible es la de que la negativa a aplicar la regla de exclusión a las pruebas obtenidas por los particulares no tiene cabida en nuestro derecho tanto por su fundamento y origen constitucional como por la legislación de nuestro sistema procesal ya que vaciaría de contenido normas referentes al procedimiento civil (art. 287 de la LEC) o al procedimiento laboral (art. 90 del Texto Refundido de la Ley de

⁵⁶⁴ Según PICÓ I JUNOY cuando el art. 11.1 de la LOPJ se refiere a la ineficacia de las pruebas se está refiriendo a pruebas en sentido amplio, tanto a fuentes como a medios si bien reconoce que en el ámbito civil “resulta muy difícil pensar en supuestos en que el órgano jurisdiccional civil pueda practicar un medio probatorio vulnerando derechos fundamentales” aunque eventualmente se puedan imaginar algún caso en el que se pueda dar esta circunstancia como en el interrogatorio de testigos que tienen el deber de guardar secreto o en las confesiones en las que se pudiera someter al declarante a un trato vejatorio o con torturas o agotamiento. PICÓ I JUNOY, J: “El derecho a la prueba...”, op. cit, págs 352, n. p 231.

Para MONTERO AROCA, sin embargo, en el proceso penal si se puede cuestionar la obtención de fuentes de prueba cuando ha sido realizada por órgano jurisdiccional pero no así en el proceso civil “pues en el mismo no existe actividad investigadora, sino simplemente verificadora, limitada a las fuentes de prueba conocidas por las partes y con los medios de prueba propuestos por éstas. De este modo, y sin perjuicio de lo que diremos después debe simplemente afirmarse que en el proceso civil no puede existir una declaración de ilicitud de prueba porque el medio se haya practicado con vulneración de un derecho fundamental” MONTERO AROCA, J: “La prueba en el proceso...”, op. cit, pág 169. n.p 39.

Hay que tener en cuenta también que, en relación a la aplicación de la prueba prohibida en otros procedimientos, el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral en su art. 90 recoge: “Las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”.

En cuanto a la jurisprudencia, se ha pronunciado varias veces sobre la aplicación de lo dispuesto en el art. 11.1 de la LOPJ a todo tipo de procedimientos, como ejemplo la STS 2687/1997, de 18 de abril, en cuyo FJ quinto señala que “En todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales” y el TC en su sentencia 81/1998, de 2 de abril dice en su FJ 2: “Como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional constituida en Estado de Derecho, los elementos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o los menoscaba o vulnera en sus conclusiones”

Procedimiento Laboral) que han recogido expresamente el mandato del art. 11.1 de la LOPJ.

A pesar de que el efecto disuasorio tengan poco enclave en España, poco a poco estamos asistiendo a una evolución jurisprudencial en la que se apuesta por integrar sus consecuencias en las resoluciones judiciales, sobre todo en las de gran trascendencia para cuestiones que afectan al propio Estado en relación a temas tan escabrosos como la fiscalidad, de ahí que es preciso hacer mención a una sentencia del TS que marca un antes y un después en la admisión de pruebas obtenidas con vulneración de derechos por parte de un particular: la STS 116/2017, de 23 de febrero.

1.2- La nueva excepción “excepcional”. Pruebas obtenidas por particulares. La Lista Falciani, STS 116/2017, de 23 de febrero

La STS 116/2017, de 23 de febrero constituye el más claro ejemplo de la desconstitucionalización de la regla de exclusión en nuestro país, el efecto de declarar válida una prueba obtenida por un particular con violación de derechos fundamentales y en el extranjero es indudablemente la consecuencia de ello.

Se hace preciso una referencia a los hechos para el esclarecimiento de la conclusión a la que llegó el alto tribunal:

En virtud del Convenio suscrito entre el Reino de España y la República Francesa para evitar la doble imposición y el fraude fiscal en los impuestos sobre la renta y el patrimonio, firmado en 1995, la dirección de la inspección de la Agencia Española de la Administración Tributaria solicitó a la Dirección General de Fianzas Públicas de la República Francesa oficio acerca de toda la información de la que dispusieran acerca de aquellos contribuyentes sometidos a la soberanía fiscal española que figurasen en el listado de un determinado banco suizo.

En respuesta a esa petición la autoridad francesa entregó a la Agencia Tributaria española la información requerida en un CD-Rom en el que constaban tres listas: una con los datos personales de personas físicas, otra con los datos de personas jurídicas y una tercera con los datos patrimoniales de ambos tipos de personas.

La Agencia Española de Administración Tributaria contrastó las informaciones contenidas en ese CD-Rom con las obrantes en sus ficheros y, como consecuencia de ello, requirió a diversos obligados tributarios para que presentaran una declaración complementaria por los ingresos no declarados.

El acusado, no realizó esa declaración complementaria por lo que fue objeto de una inspección tributaria dando lugar a la imputación de dos delitos contra la Hacienda Pública por elusión de impuestos.

El problema que se planteó en el procedimiento penal, antes de la práctica de la prueba y alegado por la defensa, fue que la documentación entregada por las autoridades francesa, la denominada “Lista Falciani” contenida en el CD-Rom y que fue la causante del propio procedimiento, era de origen ilícito al haber incurrido el creador de la famosa lista mencionada, expleado de la banca suiza, en los delitos de sustracción de información, violación del secreto comercial y bancario y espionaje económico, todos ellos recogidos en la legislación penal suiza y por los que fue condenado en el país Helvético.

Respecto a esta argumentación la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 3742/2016, de 29 de abril, ya señaló que el llamado “principio de no indagación” consistente en que “la pretensión de que los Tribunales españoles se conviertan en custodios de la legalidad de actuaciones efectuadas en otro país la Unión Europea deviene inaceptable. Existe al respecto ya una consolidada doctrina de esta Sala que en general, y más en concreto, en relación a los países que integran la Unión Europea, tiene declarado que no procede tal facultad de “supervisión”⁵⁶⁵. Es decir, que la Audiencia Provincial consideró que la prueba fue obtenida por las autoridades españolas en virtud del Convenio de cooperación para evitar el fraude fiscal suscrito entre España y Francia y por ello no se entra a valorar la validez de la prueba entregada por las autoridades francesas.

Igualmente, y sin entrar en otras consideraciones sobre el tema, la Audiencia Provincial considera que los delitos en los que incurrió el creador de la lista y por los que fue condenado en Suiza no tienen correspondencia en nuestra legislación penal “y es a la luz de ésta última como han de ser examinadas las pretensiones, alegaciones y

⁵⁶⁵ SSTS 19/2003 de 10 de enero y 1281/2006 de 27 de diciembre

restantes elementos del debate procesal que se suscita en nuestra causa” según señala la sentencia en su FJ. 2, por lo que no existe ilicitud.

El TS por su parte, en la sentencia que es objeto de estudio, respecto al principio de la doble incriminación alegado por la defensa como una de las causas de la ilicitud consideró que: “El concepto de ilicitud probatoria no exige como presupuesto la comisión de un hecho ilícito. El art. 11 de la LOPJ vincula ese efecto no a la autoría de un delito, sino a la obtención de las pruebas mediante un acto vulnerador de los derechos o libertades fundamentales que, por definición, puede ser o no constitutivo de delito”.

El TS después de hacer un exhaustivo repaso por las sentencias de otros países de nuestro entorno, muchas de ellas resolutorias de casos derivados de la misma “Lista Falciani” como Italia y Francia, referentes al alcance de la nulidad probatoria de los documentos sustraídos por un particular⁵⁶⁶ realiza una argumentación en su FJ 6 para admitir la “Lista Falciani” como medio lícito de prueba.

El alto Tribunal parte de la idea de que “El ejercicio de la función jurisdiccional sólo se ajusta al modelo constitucional cuando se asienta sobre los principios que definen el derecho a un proceso con todas las garantías” por lo tanto son esos principios los que proporcionan un límite a la actividad estatal y reconoce que se debe excluir el

⁵⁶⁶ Hace referencia al TS belga en la sentencia del caso KB Lux de 22 de mayo de 2015 en la que exige que se haga una ponderación de cada caso concreto (entre el derecho a un proceso justo y el principio de la buena gobernanza) de tal manera que sólo se excluirá la prueba cuando la forma en que se ha obtenido se haya “apartado de forma inaceptable de las reglas que definen la actuación de un gobierno respetuoso con la ley”. Lo que nuestro Tribunal Supremo no explica, al hacer mención al criterio jurisprudencial belga, es lo que se puede entender por “forma inaceptable” porque esa frase puede tener múltiples interpretaciones.

El TS español también hace referencia a dos casos en Francia e Italia respectivamente que se pronunciaron acerca de la “Lista Falciani”, así el TS francés en la sentencia de 31 de enero de 2012, recurso n° 11-13097, dictada por la Sala de lo Mercantil “excluye de la valoración probatoria a efectos recaudatorios la información obtenida a raíz de un delito”, sin embargo el mismo Tribunal, pero en la Sala de lo Penal, sí los declara utilizables bajo el argumento de que en la instancia su valoración se realizó bajo el principio de contradicción y porque las autoridades francesas no intervinieron en los hechos ilícitos (sentencia de la Corte de Casación francesa, Sala de lo Penal, de 27 de noviembre de 2013, rec. n° 13-85042).

En Italia se consideró que la prueba de la “Lista Falciani” es el resultado y consecuencia de un mecanismo de cooperación judicial internacional (St de 26 de septiembre de 2012 n° 38753 y de 17 de abril de 2013 n° 29433).

Y, por último, el TC alemán en un caso similar (sentencia de 9 de noviembre de 2010) consideró que solo se excluye la prueba ilícita cuando “medie una seria, deliberada o arbitraria quiebra de las reglas del procedimiento, que haya llevado a un sistemático olvido de las garantías constitucionales” y añade que es necesario no fijar reglas generales, habrá que atender caso por caso para resolverlos con un razonamiento específico.

valor probatorio de aquellas pruebas que contravengan lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ, sin embargo hace una distinción, en contra de su propia jurisprudencia anterior, entre las vulneraciones realizadas por un agente de la autoridad (que representa al Estado) y las realizadas por un particular “sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*).

Al considerar que los principios reconocidos constitucionalmente como parte del derecho a un proceso con todas las garantías son limitaciones al poder estatal sienta la base de la desconstitucionalización de la regla de exclusión que luego manifiesta abiertamente al decir: “Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 de la LOPJ y, sobre todo, en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito”.

Con estos argumentos el TS da un giro radical a su doctrina anterior en la que consideraba que el fundamento de la prueba prohibida era constitucional, a pesar de que en algunas ocasiones se vislumbrara timidamente el posible cambio hacia el fundamento disuasorio⁵⁶⁷ y va acercándose a la doctrina norteamericana de la *Exclusionary Rule* y del *deterrent effect* aceptando las consecuencias de su admisión como la validez de las pruebas obtenidas de manera ilícita por los particulares.

A continuación reconoce que los precedentes, en cuanto a excluir la prueba obtenida por un particular con vulneración de derechos fundamentales, son mayoritarios (SSTS 239/2014, de 1 de abril; 569/2013, de 26 de junio; 1066/2009, de 4 de noviembre)

⁵⁶⁷ Vid. Cap. III, epígrafe 2 de esta obra en lo referente al fundamento constitucional de la regla de exclusión probatoria.

A este respecto MOSQUERA BLANCO apunta: “Este enfoque de la prueba ilícita nos aparta decisivamente del origen de la doctrina de la exclusión probatoria en nuestro Derecho, que no es otro que la salvaguarda de los derechos fundamentales como elementos preponderantes de nuestro ordenamiento jurídico en cualquier contexto, no solo en la actuación del Estado para la persecución del delito. Conviene no olvidar que la primigenia STC 114/1984, de 29 de noviembre respaldaba la nulidad de toda prueba adquirida por un acto violatorio de derechos fundamentales, público o privado, pues el origen del menoscabo no hacía este menos intolerable. Esta misma idea fue acogida por la LOPJ, cuyo artículo 11 no hacía distinción a este respecto”. MOSQUERA BLANCO, A J: “La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de Febrero” en *INDRET* nº 3. 2018, págs 21 y 22.

Para otros autores como RICHARD GONZÁLEZ “el correcto entendimiento de la prueba ilícita exige atender a su fundamento último que no es otro que la necesidad de proteger el mismo sistema procesal de garantías de los excesos de los «agentes» del Estado y también a los distintos supuestos de excepción de la regla de exclusión en atención a las circunstancias concurrentes en el supuesto sometido a enjuiciamiento” RICHARD GONZÁLEZ, M: “Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la «lista falciani» para fundar una condena por delito fiscal” en *Diario La Ley* nº 8946. 2017, pág 9

y alude a otras, relativas a grabaciones realizadas por particulares, en las que se dio validez a estas pruebas con la argumentación de que no pueden ser valoradas de la misma manera las grabaciones realizadas por los agentes de policía en la investigación de un delito y las realizadas por los particulares (SSTS 793/2013, de 28 de octubre y 45/2014, de 7 de febrero), sin embargo en ambas sentencias, referidas a grabaciones realizadas por los particulares, lo que se vinculaba a la licitud o ilicitud de la prueba no dependía de la forma de obtención si no del conflicto entre los derechos vulnerados y los bienes jurídicos afectados por la restricción de esos derechos⁵⁶⁸.

En definitiva, el TS admite la “Lista Falciani” como prueba de cargo suficiente al considerar que el que se apropió ilegalmente de ella no lo hizo en nombre del Estado español y por lo tanto no afectado por la regla de exclusión ya que “Se trataba de información contenida en unos archivos de los que se apoderó ilícitamente un particular que, cuando ejecutó la acción, no lo hizo como agente al servicio de los poderes públicos españoles interesados en el castigo de los evasores fiscales. Tampoco se trataba de ficheros informáticos cuya entrega hubiera sido negociada entre el transgresor y los agentes españoles” (FJ8), esto significa que el TS establece unos requisitos para que la prueba obtenida por una particular con violación de derechos fundamentales pueda ser admitida y valorada:

1. Que la prueba sea obtenida por un particular.
2. Que exista desconexión de su obtención con la actividad estatal.
3. Ausencia de una voluntad inicial de prefabricar pruebas.
4. Que el objetivo de esa obtención de pruebas no sea ni directa ni indirectamente para hacerlas valer en un proceso

Al mismo tiempo considera que su argumentación no pretende ser una regla de validez general ni “un principio dirigido a la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y que luego son utilizadas en un proceso penal” (FJ7),

⁵⁶⁸ La STS 793/2013, de 28 de octubre, en su FJ 2 así lo dice: “La jurisprudencia constitucional no permite afirmar que, a partir de la sentencia 12/2012, 30 de enero, la utilización de una cámara oculta conlleve, siempre y en todo caso, una vulneración de los principios y derechos que convergen en el proceso penal. La conclusión acerca de la licitud o exclusión de esa prueba sólo puede ser el desenlace lógico de un riguroso juicio de ponderación entre los derechos a la intimidad y a la propia imagen y la posible existencia de un fin legítimo, atendiendo siempre a los principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad. Sólo entonces, después de hacer explícitas las razones y criterios que han presidido la tarea ponderativa, se estará en condiciones de proclamar la legitimidad del sacrificio de aquellos derechos o, por el contrario, su exclusión como fuente de prueba por su irreparable ilicitud”

es decir, que parece justificar su decisión de admisión de la prueba prohibida con carácter excepcional acudiendo al criterio de ponderación de las circunstancias en cada caso concreto.

La influencia de la doctrina sentada por el TS en la sentencia Falciani y en cuanto a su carácter excepcional ha tenido reflejo en la STS 54/2019, de 6 de febrero, en la que se recurrió la absolución de un Sargento de la Policía Local, encargado de la tramitación de los expedientes sancionadores por multas de tráfico, por los delitos de prevaricación y falsedad al anular multas impuestas por él mismo a amigos y familiares.

El motivo de la absolución se debió a que la información sobre las actividades del Sargento de la Policía Local fue recibida por dos concejales, que procedieron a su denuncia, que no podían acceder a dichos datos ni podían ser transmitidos a un tercero dado la tutela de la que gozaban por la Ley de Protección de Datos, por lo que se consideró que era prueba nula y con ella, por aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado, todas las demás. Para el TS la pretendida nulidad no es tal puesto que se refiere a la “notitia criminis”, por lo tanto no a la prueba en sentido estricto, la denuncia en sí misma no tiene carácter probatorio y en su argumentación establece una semejanza con la sentencia 116/2017, de 23 de febrero, estableciendo que la diferencia era que allí fueron los datos bancarios supuestamente sustraídos lo que resultaron ser la fuente de la información probatoria para la condena, mientras que en el caso enjuiciado fue la denuncia como vínculo para iniciar una investigación y acude a la doctrina de la sentencia Falciani al decir “Esta doctrina aconseja huir de interpretaciones rígidas, sujetas a reglas estereotipadas que impidan la indispensable adaptación al caso concreto. Y esa rigidez - prosigue diciendo la sentencia 116/2017 - despliega similar efecto pernicioso, tanto cuando se erige en injustificada regla de exclusión, como cuando se convierte en una tolerante fórmula para incorporar al arsenal probatorio lo que debió haber sido excluido”, por lo que estima casa la sentencia y ordena que se prescinda de la nulidad declarada de la denuncia y su contenido y tengan en prueba las pruebas que en su día fueron rechazadas por ilícitas.

La doctrina sentada por el TS a través de esta sentencia, que recuerda a la doctrina norteamericana, supone un hito en nuestra jurisprudencia puesto que no sólo limita los efectos de la prueba prohibida si no que también restringe su aplicación únicamente a las actuaciones realizadas por agentes estatales, lo que también recuerda a la *silver platte doctrine* norteamericana según la cual si las pruebas eran obtenidas con violación de derechos fundamentales por los agentes estatales (asimilando esa doctrina,

aquí sería el equivalente a las personas particulares) eran válidas mientras que si eran obtenidas por los federales (aquí equivaldría a los funcionarios públicos) eran excluidas por ilícitas por lo que los estatales se las ofrecían a los federales “en bandeja de plata” para purgar la ilicitud, lo que nos lleva a la conclusión de que si esta doctrina se reitera por parte del TS y se admite la prueba obtenida por un particular de forma ilícita puede suceder que se entre en una especie de “mercado negro” en el que las pruebas sean buscadas por los agentes policiales, sin importar los medios para lograrlo, y servidas en “bandeja de plata” a los particulares⁵⁶⁹.

La sentencia fue recurrida en amparo ante el TC que resolvió de una manera aún más dramática para la prueba prohibida en la STC 97/2019, de 16 de julio, en la que se argumentó la ponderación de intereses como base para ratificar la condena del Supremo.

1.3- La ponderación de intereses

A- La ponderación de intereses como criterio jurisprudencial

La única excepción que nuestros tribunales han aplicado esporádicamente y como complemento de las analizadas en este trabajo es la de la ponderación de intereses en juego, utilizada en EEUU (*balancing test*) como arma de refuerzo a la desconstitucionalización de la *Exclusionary Rule* y cuya función es la de ponderar los intereses en conflicto que surgen cuando existe una prueba prohibida: la seguridad pública y los derechos del acusado, en concreto su propia libertad.

La ponderación de intereses también es la teoría utilizada en Alemania para declarar si una prueba es o no prohibida⁵⁷⁰, esta teoría considera que la vulneración de

⁵⁶⁹ Piénsese, por ejemplo, en los detectives privados en los que, al igual que ocurrió con Falciani, su única motivación es la económica (puesto que el buscar pruebas es su trabajo) que es la única que, según el TS en esta sentencia, es la que justifica la permisión de las pruebas ilícitas.

⁵⁷⁰ Hay que tener en cuenta que la Ordenanza Procesal Penal Alemana recoge en el párrafo 136 la regla de exclusión de carácter obligatorio para toda prueba obtenida por medio de tortura, siendo una de las pocas normas que recogen una prueba prohibida de forma tan clara y absoluta.

En otras legislaciones se recoge la ponderación de intereses, como en el art. 359 del Código de Procedimiento Penal Holandés que define lo que es la prueba prohibida y faculta al Tribunal a ponderar los bienes e intereses protegidos por la regla infringida, la gravedad de la violación y el daño ocasionado por esa violación, considerando prueba prohibida: la violación de una previsión legal en la investigación preliminar, la actuación sin habilitación legal para ello, violando derechos fundamentales del sospechoso

una prohibición probatoria no conlleva necesariamente la prohibición de utilización de la prueba derivada ("*fernwirkung des Beweisverbots*"), en función de la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal concreta, "la aplicación del principio de proporcionalidad implica la realización por el Tribunal de un triple juicio: el de adecuación o idoneidad (*Geeignetheit*), el de necesidad (*Erforderlichkeit o Notwendigkeit*) y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (*Proportionalität o Abwägung*). Con la ponderación se pretende determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una intervención en los derechos fundamentales, estableciendo en cada caso cuál es la jerarquía entre los bienes supuestamente enfrentados. Los alemanes, por otra parte, a la hora de ponderar utilizan de modo indistinto los términos 'intereses', bienes' y 'valores' y se sirven de la expresión *Güterabwägung*"⁵⁷¹.

Como dice el profesor ROXIN.C cuando se viole la prohibición de producción de prueba (lo que es prueba prohibida), revisar y valorar los resultados probatorios depende si la lesión afecta de forma esencial al ámbito de los derechos del recurrente, si tiene importancia secundaria o si no tiene importancia alguna para él⁵⁷², es lo que se denomina la "teoría del entorno jurídico" con origen en el Tribunal Supremo Federal Alemán y el Tribunal Constitucional Alemán elaboró la teoría de los tres círculos o esferas según la cual existe un núcleo o ámbito esencial que debe de ser protegido y ser inmune a cualquier injerencia de los poderes públicos (la privacidad personal), la segunda esfera estaría constituida por la admisibilidad de las intervenciones estatales en función de la ponderación que se realice entre el derecho a la privacidad y los intereses públicos entre los que se encuentra el interés de la administración de justicia penal y cuyos criterios vendrían marcados, entre otros, por la gravedad del delito. Por último la tercera esfera admite las intervenciones estatales de forma ilimitada al no existir afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad⁵⁷³.

o la vulneración de principios generales del Derechos Procesal Penal como el de proporcionalidad y subsidiariedad. Vid. ARMENTA DEU. T: "La prueba ilícita...", op. cit, págs 45 y 46

⁵⁷¹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ. S: "La imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional" en *Teoría y Realidad Constitucional* nº12/13. 2003, págs 8 y 9

⁵⁷² ROXIN. C: "Derecho Procesal Penal" Editores del Puerto. 2000, págs 192 y ss

⁵⁷³ HERNÁNDEZ GARCÍA. M, op. cit, pág 519; MIRANDA ESTAMPRES. M: "La prueba ilícita: la regla...", op. cit, págs 136 y 137; ARMENTA DEU: "La prueba ilícita...", op. cit, págs 53 a 55. Para esta aurora el Tribunal Constitucional Alemán utiliza tres teorías: la teoría del ámbito o círculo de derechos (*Rechtskreistheorie*) que sería la teoría del entorno jurídico y que resulta rechazada en la actualidad por el carácter restrictivo que supone a los derechos procesales del acusado. La doctrina del

“En efecto, la ponderación se inscribe en el constitucionalismo alemán en el contexto de la interpretación según valores o principios, que prescinde de los cánones tradicionales de la interpretación jurídica, y en el círculo más amplio del principio de la proporcionalidad de las leyes, donde se concreta como principio de la proporcionalidad en sentido estricto”⁵⁷⁴

En España, no hay que olvidar que la propia STC 114/1984, de 29 de noviembre, origen de la prueba prohibida en España, ya establece un criterio de ponderación, si bien no utilizada como excepción, para resolver los intereses en conflicto en relación con la prueba prohibida al realizar un doble juicio analítico en el que se sustancia esa ponderación:

En primer lugar, la determinación de la índole de la ilicitud verificada en la obtención de los elementos probatorios, de tal manera que sólo se refiere a la vulneración de derechos cometida en la obtención de la prueba y no a las violaciones de procedimiento que se pudieran realizar en el momento de admisión o práctica de la prueba, ya que en ese caso se entraría en “la regla de la interdicción de la indefensión”.

En segundo lugar, una vez constatada la lesión del derecho fundamental sustantivo hay que determinar su conexión con los derechos procesales de las partes atendiendo a si la decisión de incorporar la prueba prohibida al acervo probatorio evidencia una “desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro” STC 114/1984, de 29 de noviembre (FJ 4).

Tras el establecimiento de ese criterio de ponderación entre los intereses en juego la jurisprudencia del TC ha utilizado la exclusión de la pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales porque se comprometía la integridad del proceso penal como proceso equitativo y justo porque la autorización judicial carecía de motivación o esta

fin de protección de la norma (Shutzzwecklhere) que cuestiona “si el sentido y el fin de una disposición procesal infringida demandan expresamente una prohibición de utilización, lo que supone de entrada la existencia de una norma prohibiendo la producción probatoria, de la que quepa inferir un fin de protección”, n.p 129, y la teoría de la ponderación, que tiene en cuenta la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal como intereses a ponderar, ésta es la teoría dominante y la encajaría con la teoría de las tres esferas.

⁵⁷⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ. S, op. cit, págs 8 y 9

era insuficiente⁵⁷⁵ y en algunos casos aplicando la doctrina del fruto del árbol envenenado⁵⁷⁶ e, igualmente, el criterio de ponderación de los intereses en juego se ha utilizado para justificar las excepciones a la regla de exclusión⁵⁷⁷.

la ponderación se ha utilizado por nuestros tribunales de forma complementaria a otras excepciones como en la STS 811/2012, de 30 de octubre, en la que, junto con la excepción del hallazgo casual de buena fe (FJ 12), el nexos causal atenuado (FJ 13), se utiliza la ponderación de interés “en el que ha de tenerse en cuenta la gravedad del hecho y el peso de la infracción probatoria”. Y continúa diciendo: “Si la esencia de las prohibiciones probatorias está relacionada con una cierta función disciplinaria de las autoridades de persecución penal (*deterrent effect*), en el sentido de la prevención general negativa, ponderando los valores constitucionales en conflicto ha de llegarse a la conclusión de que resulta contrario a los fines de un sistema penal garantista que dicha prohibición probatoria resulte precisamente en beneficio de los agentes policiales corruptos, máxime cuando no han sido sus derechos constitucionales los afectados en la investigación y cuando la referida afectación ya ha tenido un efecto anulatorio suficientemente relevante en el ámbito probatorio. En consecuencia, a través de la ponderación o balance de los valores constitucionales en juego, debemos alcanzar la misma conclusión acerca de la validez de las pruebas utilizadas para la condena de los recurrentes por el delito de blanqueo de capitales, y de la suficiente extensión ya realizada por el Tribunal de instancia de los efectos indirectos de la ilicitud inicial”.

Sin embargo se ha dado un giro jurisprudencial importante en el que el criterio de la ponderación de intereses ha ocupado un lugar preferente en la argumentación de nuestro TC, si el TS dio prioridad a la validez de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales aportada por los particulares en la la STS 116/2017, de 23 de febrero, el TC ha dado un paso más a través de la STC 97/2019, de 16 de julio, al considerar, en el recurso de amparo interpuesto contra dicha sentencia, que la ponderación de intereses en juego es perfectamente compatible con lo dispuesto en el

⁵⁷⁵ En referencia al secreto de las comunicaciones: SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4, 86/1995, de 6 de junio, FJ 3, 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 6, 49/1996, de 26 de marzo, FJ 2, 54/1996, de 26 de marzo, FJ 8, 127/1996, de 9 de julio, FJ 3. Referidas a la inviolabilidad del domicilio: STC 126/1995, de 25 de julio, FJ 5),

⁵⁷⁶ SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FFJ 3 y 4, 86/1995, de 6 de junio, FJ 3, y 49/1996, de 26 de marzo, FJ 2

⁵⁷⁷ Vid. Aptdos I y II del presente Capítulo

art. 11.1 de la LOPJ. Para ello realiza una argumentación acerca de la teoría de la ponderación de intereses, incluido un repaso por su propia jurisprudencia, y subsumiendo la argumentación dada por el TS en la sentencia recurrida a los criterios establecidos en la STS 114/1984, de 29 de noviembre analizados, de esta manera considera que la STS 116/2017, de 23 de febrero:

1. Que si se hubiera cometido la vulneración del derecho sustantivo por un particular no altera en absoluto el canon de constitucionalidad que se aplica al derecho a un proceso con todas las garantías.
2. En relación con el primer parámetro que compone el doble juicio analítico de la ponderación, tal y como se deduce de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, y que se corresponde con la “índole y características” del derecho a la intimidad “estamos ante una intromisión en el derecho a la intimidad que carece de cualquier conexión instrumental, objetiva o subjetiva, con actuaciones investigadoras llevadas a cabo por las autoridades españolas o por alguna parte procesal no pública”(FJ 6, que, además, viene rubricado como “examen del juicio de ponderación”).
3. Desde el punto de vista interno, el resultado de la intromisión en la intimidad no tiene la suficiente entidad como para que la necesidad de tutela de ese derecho sustantivo se extienda al ámbito del proceso penal ya que “éste no tiene conexión instrumental alguna con el acto de injerencia verificado entre particulares” (igualmente FJ6).
4. Por último, el TC considera que, desde el punto de vista externo, la admisión de la prueba que se considera prohibida no va a originar un riesgo cierto de que se pueda producir en un futuro prácticas que comprometan en un futuro la efectividad de ese derecho fundamental (derecho a la intimidad), al no existir en nuestro país prácticas de opacidad bancaria (que, en definitiva, es el objeto fáctico del asunto en cuestión) amparadas por los poderes públicos.

En definitiva, se ha utilizado, de forma directa, por parte de nuestro TC la excepción más temida que merma sobremanera la regla de exclusión probatoria, planteando multitud de interrogantes sobre su futuro. Si bien es cierto, y como se dijo en el Capítulo I de esta obra, que la prueba prohibida giraba entorno a la tensión existente entre el respeto a los derechos fundamentales y la seguridad pública (que de por sí, ya son criterios ponderables) también es cierto que no se puede obviar el carácter

constitucional de la propia regla ni de su significado ni el respeto a su propia esencia que no es otra que la de garantizar los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

La teoría de ponderación de intereses siempre existirá porque es necesaria para salvaguardar los principios esenciales de un Estado de Derecho. Evidentemente no nos aflige lo mismo el delito de asesinato (más si se trata de menores o de personas especialmente vulnerables) que un delito de hurto (menos si se trata de hurto famélico, antiguamente reconocido en el art. 755 del CP de 1822, pero que en la práctica se sigue cometiendo) y por ello habrá que establecer unos criterios de ponderación en relación a uno y otro delito que se concreta en las penas correspondientes a cada uno de ellos, penas que están recogidas en una Ley Orgánica derivada de su carácter limitativa de derechos fundamentales, tal y como manda la Constitución Española en su art. 81.1.

La excepción de la ponderación de intereses es de construcción jurisprudencial, sin ninguna norma legal que la apoye, basada únicamente en la voluntad de los juzgadores lo que puede convertir a la regla de exclusión probatoria recogida en el art. 11.1 de la Ley (también) Orgánica del Poder Judicial en un pronunciamiento legislativo vacío de contenido, porque no nos olvidemos que “Ponderar se parece más a sopesar que a pesar”⁵⁷⁸

B- La ponderación de intereses: ¿justificación implícita de la validez de la exclusión de la prueba prohibida?: La STS 587/2014, de 18 de julio. El Caso Bretón

El criterio sobre ponderación de intereses utilizado por la jurisprudencia unas veces de forma complementaria para justificar otras excepciones (STS 811/2012, de 30 de octubre) otras veces de forma directa (97/2019, de 16 de julio), ¿puede haber sido utilizada como criterio para dar validez a unas pruebas obtenidas violando derechos fundamentales pero sin hacer referencia expresa ni a su aplicación ni a su fundamento ni a su configuración?, la respuesta puede ser ambigua, ya se ha hecho referencia a que

⁵⁷⁸ GARCÍA AMADO. J.A: “Un debate sobre ponderación”. GARCÍA AMADO. J. A; ATIENZA. M. Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca. Ed. Carrera de Derecho U.S.F.X.CH. 2016, pág 21.

la ponderación de intereses se realiza, y es necesaria, constantemente pero su aplicación como forma de sortear el art. 11.1 de la LOPJ supone un auténtico desgaste en una garantía recogida en una norma con rango de Ley Orgánica, con todo lo que ello implica.

Si se analiza, conforme a los criterios marcados por el TC en cuanto a la ponderación, la STS 587/2014, de 18 de julio, la que resuelve el famoso “caso Bretón” se puede llegar a considerar que la teoría de la ponderación de intereses ha sido aplicada implícitamente en la negativa a anular ciertos elementos probatorios de importancia decisiva en la resolución del caso.

Los hechos, conforme a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, de 22 de julio de 2003 (Rec 1/2003), resumidos son los siguientes:

Después de que la esposa le comunicara a su marido la intención de finalizar su matrimonio el acusado albergó la idea de matar a sus dos hijos, de 2 y 6 años, planeando para ello que uno de los fines de semana en que estaría con los niños los llevaría a la finca propiedad de sus padres comenzando los preparativos para su oscuro fin. Aprovechando que un médico psiquiatra ya lo había tratado años antes y a quien le había consultado en fechas cercanas a los hechos para obtener recetas de medicamentos tranquilizantes (ansiolítico y antidepresivo), procedió a adquirirlos en una farmacia para, llegado el momento, “adormecer e incluso matar a sus hijos con toda facilidad”.

Igualmente, y con la intención de hacer desaparecer los cuerpos de sus hijos, el acusado hizo acopio de leña en la finca en la que se iba a cometer el cruel crimen y gran cantidad de combustible.

Llegado el día en el que el padre recogió a los niños los llevó a la parcela donde consumiría sus intenciones, les suministró un número indeterminado de los medicamentos obtenidos previamente y posteriormente preparó una especie de “pira funeraria” en la que procedió a incinerar a sus hijos. Para proporcionarse una coartada para la desaparición de sus hijos decidió fingir que éstos se habían perdido en un parque avisando al teléfono de emergencias y presentando una denuncia en la Comisaría de la Policía Nacional de Córdoba e iniciándose las investigaciones convenientes que, a la postre, dieron como resultado la averiguación de la trágica verdad.

Es importante atender a los alegatos de la defensa y a la respuesta dada por el TS en cuanto a la cuestionada validez de las pruebas de cargo: La defensa insistió, tanto en las cuestiones previas, como en el acto del juicio, la apelación ante el TSJ de Andalucía

y la casación ante el TS, que la principal prueba de cargo no era una prueba constitucionalmente válida y su entrada en el juicio fue ilícita, sus argumentaciones se basaron en los siguientes puntos:

1. Ilícitud de los informes periciales fundada en “defectos procesales” (existencia de contactos entre la acusación particular y la policía sin contar con la defensa).
2. Ruptura de la cadena de custodia que se concreta en la falta de las garantías necesarias, como requisito de validez, en la manipulación y recogida de muestras de la hoguera tales como que la hoguera no estuvo vigilada las primeras 24 horas lo que lleva a dudar acerca de la existencia de los huesos encontrados que no aparecieron en la primera inspección, si la hoguera se había precintado o no y si la Secretaria Judicial que levantó el acta recogió esa circunstancia, el palo con el que se removieron los escombros, la azada y la manta que aparecían en las primeras fotos del lugar de los hechos, presentan una ubicación distinta a la reflejada en fotos posteriores, las diferencias horarias entre los agentes y la Secretaria Judicial respecto al momento en que se llevaron a la práctica las diligencias iniciales, las circunstancias que acompañaron la aparición de restos óseos y las pisadas que aparecen en las fotografías de la hoguera.
3. No constaba en el acta de apertura de la caja que contenía los restos óseos su desprecinto.
4. Todas esas circunstancias hacen se hubiera incurrido en una serie de “cadena de quebrantos” que no son sólo meras irregularidades procesales que se pudieran salvar a través de los informes de los peritos forenses y de las manifestaciones de los testigos ya que la principal prueba de cargo sea prohibida y, como consecuencia, las derivadas de ella también (los informes periciales) y nunca debieron acceder al juicio para que fueran valoradas por el Jurado.

La respuesta del TS consistió en negar la existencia de prueba prohibida sobre la base de estos argumentos:

1. La irregularidad en los protocolos que rigen la cadena de custodia y que sirven para garantizarla no equivalen a nulidad, hay que valorar si esa irregularidad es suficiente para ver si hay dudas sobre la autenticidad e indemnidad de la fuente de prueba. No es una cuestión de nulidad sino de fiabilidad.
2. La cadena de custodia no es una prueba en sí misma.

3. “La infracción de la cadena de custodia afecta a lo que se denomina *verosimilitud de la prueba pericial* y, en consecuencia, a su legitimidad y validez para servir de prueba de cargo en el proceso penal” (FJ 1).
4. No cumplir con los requisitos exigidos por el protocolo policial destinado a la obtención de pruebas no conlleva necesariamente a la nulidad de los informes periciales que se derivan de esas pruebas, porque “la nulidad probatoria que se reivindica no puede hacerse depender del cumplimiento de una orden ministerial, cuya importancia resulta decisiva para la ordenación de la tarea de recogida y traslado de muestras que van a ser objeto de análisis científico, pero que en modo alguno determina la validez o nulidad de los actos procesales que prueba” (FJ 2).
5. Por último, concluye que todo lo alegado por la defensa no conduce “de forma irremediable a la pretendida nulidad probatoria” y las consecuencias que ello conlleva porque “la inferencia acerca de la integridad de la prueba pericial sobre los restos óseos y la mismidad de su objeto, puede obtenerse a partir de otros datos cuya realidad no se ve neutralizada- insistimos- por el énfasis en omisiones formales cuya realidad y existencia, por cierto, no siempre constata la Sala”.

Resumiendo la argumentación del TS y, como recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de la que trae causa, las pequeñas omisiones o irregularidades, en el caso de que se hubieran dado, carecerían de trascendencia suficiente para invalidar la prueba y para afirmar la falta de identidad (la mismidad de la prueba) de las evidencias que se analizaron, la irregularidad en la cadena de custodia sería irrelevante porque lo realmente determinante es que el resultado final es que los huesos eran los mismos, tal y como afirmaron los peritos.

Si la argumentación dada por el TS la ubicamos en el doble juicio analítico en el que se sustenta la ponderación de intereses, dado por la propia STC 114/1984, de 29 de noviembre, podemos llegar a la conclusión (siempre con las debidas reservas) de que ha prevalecido más el interés del descubrimiento de la verdad a la salvaguarda de las garantías contenidas en la regla de exclusión probatoria:

1. Vulneración de derechos cometida en la obtención de la prueba, no simple irregularidad procesal: La ruptura de la cadena de custodia puede ciliar el derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva sin indefensión

y a un proceso con todas las garantías, recogidos todos ellos en el art. 24 de la CE.

Ya hemos dicho que los tribunales están siendo reacios a evitar las consecuencias de la ruptura de la cadena de custodia en los delitos contra la salud pública, terrorismo y contra la libertad sexual, más aún cuando el delito que se está investigando implica la existencia de personas dignas de una protección más intensa como son los menores. Sin embargo el propio TS ha reconocido en su jurisprudencia que la regularidad de la cadena de custodia es un requisito indispensable para la valoración de la prueba que posteriormente se va a producir en el juicio bajo los principios de inmediación, publicidad y contradicción de las partes, como garantía de seguridad de que lo que se obtuvo es lo mismo que luego se va a presentar en el juicio a través de los informes periciales⁵⁷⁹.

Ello significaría que si la integridad de la cadena de custodia es indispensable para la posterior valoración de la prueba se puede deducir, a sensu contrario, que su ruptura o deficiencias impedirían constatar con toda seguridad que lo obtenido es lo mismo que se pretende probar y, por lo tanto, se estaría valorando algo que es inexacto, quebrantando así los derechos mencionados del art. 24 de la CE.

2. Una vez constatada la lesión del derecho fundamental hay que determinar si se ha producido una desigualdad entre las partes en el juicio⁵⁸⁰. Cuando la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales constituye la principal prueba de cargo, es evidente que se produce una desigualdad al verse mermado el derecho de defensa. Al reducir la importancia de la ruptura de la cadena de custodia sobre el incremento del interés de la resolución final, implica una vulneración de derechos que termina con la presunción de inocencia, así la STS 884/2012, de 9 de noviembre considera que la cadena de custodia puede influir en la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, y tiene mucha importancia desde la perspectiva de las garantías del proceso penal. La falta de control administrativo o jurisdiccional sobre las piezas de convicción del delito puede generar equívoco acerca de los

⁵⁷⁹ SSTS 1190/2009, de 3 de diciembre; 6/2010, de 27 de enero; 506/2012, de 11 de junio; 1072/2012, de 11 de diciembre; 747/2015, de 19 de noviembre y Auto 581/2019, de 30 de mayo y 634/2019, de 6 de junio entre muchas otras resoluciones

⁵⁸⁰ Vid. Apto II. 2.2 del Cap. III de esta obra

datos que puedan resultar decisivos para el juicio de tipicidad, lo que conllevaría a una quiebra de los principios que definen el derecho a un proceso justo.

También la STS 587/2014, de 18 de julio, consideró que la ruptura de la cadena de custodia puede influir a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Pero más significativa es la STS 77/2016, de 10 de febrero, en cuyo FJ 10 se dice: “Cuando se comprueban deficiencias en la secuencia denominada cadena de custodia que despierten dudas razonables, habrá que prescindir de esa fuente de prueba, no porque el incumplimiento de alguno de esos medios legales de garantía convierta en nula la prueba, sino porque su autenticidad quede cuestionada”.

Pero continúa diciendo. “No se pueden confundir los dos planos. Irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad. Habrá que sopesar si esa irregularidad (como es la no mención de alguno de los datos que es obligado consignar; ausencia de documentación exacta de alguno de los pasos...) es capaz de despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba”

Este segundo párrafo (argumentación también utilizada de nuevo por el TS en el caso que nos ocupa) es el que puede dar lugar a interpretaciones diversas, el sopesar la irregularidad ya es en sí todo un ejercicio de ponderación.

En definitiva, la ponderación se ciñe a poner en la balanza el art. 11.1 de la LOPJ y la noción moral de justicia en la que se asienta el hecho de que el autor de tan execrable crimen sea condenado por ello, y es que: “Cuando la norma jurídica se pondera frente a la norma moral y las razones estrictamente o formalmente jurídicas se ponderan con razones puramente morales, es porque esos dos sistemas normativos, moral y jurídico, se han unificado bajo una naturaleza común, que es una naturaleza primariamente moral. Las razones jurídicas son razones morales por la misma razón que las razones morales son razones jurídicas. El derecho y la moral, como pautas del juicio normativo, no rigen independientemente, sino concurrentemente, y los conflictos entre normas morales y

normas jurídicas se resuelven mediante una valoración que es moral, o que es la razón expresiva de la naturaleza en última instancia común, como razón práctica”⁵⁸¹.

1.4 - La ruptura de la cadena de custodia como posible excepción

La cadena de custodia ha sido definida por el TS como “el proceso que transcurre desde que los agentes policiales intervienen un efecto del delito que puede servir como prueba de cargo, hasta que se procede a su análisis, exposición o examen en la instrucción o en el juicio. Proceso que debe garantizar que el efecto que se ocupó es el mismo que se analiza o expone y que no se han producido alteraciones, manipulaciones o sustituciones, intencionadas o descuidadas”⁵⁸², sin embargo el propio Tribunal se ha mostrado reacio a excluir las pruebas que han sido objeto de una vulneración recaída en su cadena de custodia pese a que, a su vez, haya reconocido que la ruptura en la cadena de custodia puede vulnerar los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia⁵⁸³.

La justificación de tal incoherencia jurisprudencial viene determinada por la consideración del tipo de infracción que se haya producido, de tal manera que si el tribunal estima que la infracción cometida en la cadena de custodia es menor solamente produce el efecto de constituir una irregularidad que no determina la exclusión de la prueba en el proceso, por lo que será valorada para poder desvirtuar el principio de presunción de inocencia sin perjuicio de que esa irregularidad no invalidante pueda ser tomada en consideración a efectos de su fiabilidad o convencimiento por parte del juzgador. Por el contrario, si la infracción es mayor o relevante (a juicio del tribunal) la prueba será invalidada y excluida para evitar su valoración ya que puede afectar al derecho a un proceso con todas las garantías al no poder acreditarse su autenticidad⁵⁸⁴.

Desde nuestro punto de vista la teoría del TS carece de una argumentación de peso que justifique la aceptación de la prueba y su entrada al proceso para ser valorada

⁵⁸¹ GARCÍA AMADO. J. A: “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación en . *Revista Iberoamericana de Argumentación* nº 13. 2016: 1-22, pág 10

⁵⁸² STS 491/2016, de 8 de junio, FJ 9

⁵⁸³ SSTS 884/2012, de 8 de noviembre y 744/2013, de 14 de octubre entre otras

⁵⁸⁴ Entre otras, la STS 308/2013, de 26 de marzo

cuando se rompe la cadena de custodia, constituyendo una excepción implícita a la regla de exclusión probatoria. Argumentaciones de carácter teórico por un lado y de carácter práctico por el otro avalan esta postura. En primer lugar, y en el plano teórico, nos encontramos con lo siguiente:

- 1- La doctrina del TS planteada nos remite al propio concepto de prueba prohibida, analizado en la primera parte de este capítulo al cual nos remitimos, en el que no existe un consenso en cuanto a su precisión terminológica ni siquiera por el propio tribunal.

Parece que el TS realiza una diferenciación implícita en lo que se refiere al rango de la norma vulnerada considerando que si la violación es menor la norma infringida es de rango infraconstitucional (lo que se denominaría por algún sector de la doctrina prueba ilícita, si la vulneración recae sobre una norma procesal o material o prueba irregular si la violación se produce en una norma reglamentaria) lo que permite que la prueba se incorpore al proceso y si la violación es mayor la norma infringida sería la propia Constitución al vulnerar derechos fundamentales lo que acarrearía la aplicación del concepto de prueba prohibida y su consiguiente expulsión del proceso.

A efectos de esta argumentación hay que tener en cuenta que en nuestro país no existe una regulación específica referida a la cadena de custodia⁵⁸⁵ lo que constituye un problema añadido a la hora de determinar qué norma es la que realmente ha sido infringida, sin embargo hay que tener en cuenta que todas las leyes procesales tienen el carácter de orgánicas lo que significa, a tenor de lo estipulado en el art. 81 de la CE, que derivan directamente de la Constitución bien porque desarrollan derechos fundamentales y libertades públicas o bien porque así lo prevee la propia Norma Fundamental lo que nos lleva a la conclusión de que todo lo referente a la cadena de custodia debería de estar regulado en una norma de carácter procesal al ser una actuación previa al juicio y que hace referencia a uno de los bastiones fundamentales del proceso, la prueba y el derecho fundamental a la misma, y, por ende, derivada directamente de la propia Constitución, por lo que cualquier infracción sobre la cadena de custodia implicaría una vulneración de los derechos constitucionalmente reconocidos.

⁵⁸⁵ Vid. Apto. 1.2 del Capítulo III de esta obra.

- 2- La distinción alemana acerca de las prohibiciones probatorias⁵⁸⁶ es útil a la hora de desvirtuar la doctrina del TS que estamos analizando. Según esta teoría las prohibiciones probatorias se diferencian en:
- a) Prohibiciones de producción de pruebas (*Beweiserhebungsverbote*) en referencia a aquellas que limitan el modo de obtención de las pruebas y que a su vez se dividen en prohibiciones de temas probatorios (aquellas que impiden que se obtengan pruebas acerca de determinados temas, como la utilización de antecedentes penales ya cancelados para fundar una condena), de medios probatorios (impiden que se puedan utilizar medios de prueba determinados, como por ejemplo acogerse a la dispensa de la obligación de declarar contra familiares recogida en el art. 416 de la LECrim y matizada posteriormente por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional TS, de 23 de enero de 2018, en el que se impide “rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida”) y prohibiciones de métodos probatorios (aquellas que impiden obtener una prueba de una determinada manera, como por ejemplo realizar interrogatorios bajo tortura).
 - b) Prohibiciones de utilización de pruebas (*Beweisverwertungsverbote*) en referencia a la prohibición de aprovechamiento judicial de las pruebas que ya fueron obtenidas.

Esta distinción es fundamental puesto que, como se puede observar, hace referencia a dos realidades totalmente diferentes. Una vulneración de la prohibición de producción no significa que automáticamente se produzca la prohibición de la utilización de esas pruebas si no que precisa de la existencia de una disposición legal expresa o bien una fundamentación teórica.⁵⁸⁷

Si esta teoría la aplicamos a la cadena de custodia es evidente que cuando se ha producido una ruptura en ella se ha producido también una prohibición en la producción

⁵⁸⁶ A este respecto véase AMBOS. K: “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán- fundamentación teórica y sistematización” en *Política Criminal*, vol. 4, nº 7. 2009. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992009000100001>.

GUARIGLIA. F: “Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal” en *Jueces para la Democracia* nº26. 1996, págs 76 a 80.

⁵⁸⁷ Como ejemplo de la fundamentación teórica, la “teoría del entorno jurídico” elaborada por el Tribunal Supremo Federal Alemán o la “teoría de los tres círculos o esferas” elaborada por el Tribunal Constitucional Alemán. Vid. Cap. IV. Apto. 1.3 de esta obra referido a la ponderación de intereses.

de la prueba, debido a que no se puede asegurar que la prueba así obtenida, por la falta de conservación de la misma, sea la misma que luego va a ser valorada en el juicio y, por ende, también debería de haber una prohibición de su aprovechamiento de ese resultado probatorio, lo que nos lleva al mismo problema planteado en un principio sobre la falta de regulación específica sobre la materia de cadena de custodia y, a mayor abundamiento, de las prohibiciones probatorias que vulneran la propia Constitución.

La regulación por parte de la legislación ordinaria de ambas cuestiones esclarecería cuándo una infracción de esas normas constituiría bien la nulidad de todo el proceso o bien únicamente del acto en cuestión, permitiéndose seguir con el proceso en el caso de que existieran otras pruebas que no hayan sido obtenidas de forma prohibida⁵⁸⁸.

En segundo lugar, desde el aspecto práctico, la determinación de cuando una irregularidad producida en la cadena de custodia es menor o mayor nos lleva al planteamiento de la subjetividad del juzgador. No existen unos parámetros concretos para determinar la entidad de la infracción, como tampoco existen en la determinación de la existencia de la buena fe (excepción que recae de forma directa sobre la prueba prohibida), la fuente independiente o el descubrimiento inevitable (excepciones que afectan a la prueba derivada) en las que, igualmente, los criterios subjetivos son los que priman.

2- UNA VISIÓN DE FUTURO ALTERNATIVA

Después del análisis de la prueba prohibida en todas sus fases se puede considerar que el encontrar una solución a tan compleja cuestión es una tarea que se antoja prácticamente imposible, la casuística puede ser tan amplia como las posturas frente a ella. En cada caso en concreto se pueden realizar todas las interpretaciones que se consideren las más adecuadas en función de la ponderación de intereses que primen en ese momento y en ese caso.

⁵⁸⁸ GÓMEZ COLOMER. J.L: “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español..”, op. cit, pág 146.

Podemos hablar de varias opciones en función de la evolución estudiada, así podemos encontrarnos con diferentes supuestos:

1. En función de la desconstitucionalización de la prueba prohibida, el efecto disuasorio, que da entrada a la excepción de la buena fe, la solución pasaría por el endurecimiento de las penas y sanciones administrativas y civiles a los agentes de la autoridad, el problema que aquí se plantea sería la que denominados “la nueva excepción excepcional”, es decir, la permisión de pruebas obtenidas por los particulares con violación de derechos fundamentales, en cuyo caso esta solución no tendría sentido e incluso incentivaría un uso fraudulento por parte de los particulares interesados en que el procedimiento termine con una resolución cuyo contenido se adapte a sus intereses.

La respuesta más correcta y, a nuestro entender, más acertada sería la preventiva que consistiría en instruir a los miembros encargados de la Seguridad del Estado y a los responsables de la instrucción, para que la búsqueda de pruebas sea intachable y respetuosa con la Constitución y así evitar que la investigación sea atacada y despreciada por haber incurrido en conductas prohibidas que se manifiestan en la exclusión del material probatorio obtenido. Se trata, en definitiva, en conseguir la “limpieza procesal”⁵⁸⁹

2. En función del alcance interpretativo del art. 11.1 de la LOPJ, la extensión de la prueba prohibida a la refleja, es la legislación: Resulta curioso que en la nueva LECrim, fruto de la LO 1372015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, no haya recogido el tratamiento procesal de la prueba prohibida, siendo en este ámbito donde más casos se han suscitado, y sin embargo la LEC sí la recoge en sus artículos 283.3⁵⁹⁰ que recoge la prueba prohibida en sí misma y 287⁵⁹¹ que recoge el tratamiento procesal que

⁵⁸⁹ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER. S: ““Vademecum” de la actuación policial y de instrucción: cómo evitar las nulidades en la obtención de la prueba (I)” en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 57, nº 1938. 2003, pág.1037. En esta interesante obra la autora establece una guía útil, tanto para los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como para los que dirigen la instrucción penal, en relación con las diligencias que más problemas plantean a la hora de respetar los derechos constitucionalmente reconocidos como son las intervenciones y observaciones telefónicas y la entrada y registro domiciliario.

⁵⁹⁰ “Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por Ley”

⁵⁹¹ “1. Cuando alguna de las partes entienda que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

hay que otorgar en los casos en los que una de las partes entienda que existe una prueba prohibida.

En el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 se regulaba la prueba prohibida (la terminología utilizada en este Anteproyecto siempre fue pruebas de origen ilícito), con excepciones que lo hace aún más interesante, en los arts 128 a 131⁵⁹² en los que se recogía la excepción a la aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado de falta de conexión entre la prueba originaria y la derivada que se concretaba, a su vez, en la índole y características de la violación producida.

Se excluía de forma tajante la prueba obtenida mediante tortura y se diferenciaba entre prueba prohibida e irregularidad en la obtención de las pruebas (aquella que se obtenía de forma irregular pero sin constituir violación de derechos fundamentales)

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba.

A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva”

⁵⁹² En concreto los arts 128 a 131 establecían:

Artículo 128. Pruebas de origen ilícito No surtirán efecto en el proceso penal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos y libertades fundamentales.

Artículo 129. Pruebas derivadas o reflejas

1. Las pruebas obtenidas a partir de los conocimientos adquiridos con la previa lesión de un derecho fundamental solo podrán ser utilizadas en el juicio oral y valoradas en la sentencia si no guardan una conexión jurídica relevante con la infracción originaria.

2. A los efectos de determinar la existencia de esa conexión se tendrá en cuenta la índole y características de la vulneración producida, el resultado obtenido con la misma y las necesidades esenciales de tutela que la efectividad y realidad del derecho fundamental exija.

Artículo 130. Exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura En todo caso, quedarán excluidas del proceso penal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, por el poder público mediante tortura, coacción, amenaza y atentados a la integridad física o moral, así como las que se hayan obtenido a partir de los conocimientos adquiridos con las mismas.

Artículo 131. Irregularidades en la obtención de pruebas

1. Las fuentes de prueba obtenidas de forma irregular, sin constituir violación de derechos fundamentales, podrán ser utilizadas para fundar una sentencia condenatoria, salvo en los casos en los que la ley haya previsto expresamente su nulidad.

2. No obstante, y, aun cuando no den lugar a nulidad, se pondrá de manifiesto la infracción a los superiores jerárquicos de quienes la hayan cometido a los efectos de exigir la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

Igualmente se contemplaban los motivos y la manera de impugnación en el supuesto de que la prueba hubiera sido obtenida con violación de los derechos fundamentales (arts. 543 y 544) con celebración de vista, si fuere imprescindible por la complejidad de las cuestiones (art.545), la resolución (art. 546) y la prueba ilícita con auto de sobreseimiento (art. 547).

Por otra parte el Proyecto de Código Procesal Penal de 2013 regulaba la exclusión de la prueba prohibida en su art. 13⁵⁹³ y las excepciones: Que sean favorables al encausado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable, el hallazgo causal (hay que señalar que las excepciones de la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el hallazgo causal estaban recogidas en un solo párrafo: “consecuencia indirecta de la vulneración de un derecho fundamental si, con independencia de la existencia del nexo causal entre la infracción del derecho fundamental y la fuente de prueba, en atención a las concretas circunstancias del caso, se llega a la certeza de que, conforme al curso ordinario de la investigación, la fuente de prueba hubiera sido descubierta en todo caso”)⁵⁹⁴, violación de derechos fundamentales por parte de un particular que haya actuado sin intención de haber obtenido las pruebas (mientras que las demás excepciones recogidas en el artículo que estamos analizando proceden de la jurisprudencia, la excepción de obtención de pruebas por parte de un particular

⁵⁹³ Artículo 13.- Exclusión de la prueba prohibida

1.- No surtirán efecto en el proceso las informaciones o fuentes de prueba obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales o las pruebas en cuya práctica se lesionen los mismos. Tales pruebas serán de valoración prohibida.

2.- Como excepción a la disposición establecida en el apartado anterior, podrán ser utilizadas y valoradas las pruebas que, sin estar conectadas con un acto de tortura, sean:

a) favorables al encausado; o

b) consecuencia indirecta de la vulneración de un derecho fundamental si, con independencia de la existencia del nexo causal entre la infracción del derecho fundamental y la fuente de prueba, en atención a las concretas circunstancias del caso, se llega a la certeza de que, conforme al curso ordinario de la investigación, la fuente de prueba hubiera sido descubierta en todo caso; o

c) consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental exclusivamente atribuible a un particular que haya actuado sin ánimo de obtener pruebas.

3.- La declaración autoincriminatoria del encausado, prestada en el plenario en términos que permitan afirmar su voluntariedad, se entenderá desconectada causalmente de la prueba declarada nula.

4.- En cualquier momento en que se constate la existencia de la infracción del derecho fundamental afectado las informaciones o fuentes de prueba o resultados de las pruebas han de ser excluidos del proceso, sin perjuicio de que, rechazada la exclusión, las partes puedan reproducir con posterioridad la petición de declaración de nulidad de la prueba.

⁵⁹⁴ Vid. Cap. III, aptdo II. 1 de esta obra

aquí recogida no fue utilizada por nuestros tribunales hasta la STS 116/2017, de 23 de febrero (la resolutoria del caso de la “Lista Falciani”)⁵⁹⁵ y, por último, la confesión voluntaria del encausado

Tanto el proyecto como el anteproyecto recogen la lista de excepciones al efecto reflejo de la prueba prohibida que ya habían sido utilizadas por nuestra jurisprudencia, con la salvedad antedicha, lo que suponía una garantía para la salvaguarda del art. 11.1 de la LOPJ a la espera de una nueva regulación sobre la materia o, aún más garantista, de una reforma constitucional en firme donde se recoja tanto la existencia de la propia prueba prohibida en sí misma como sus posibles excepciones, como ya se recoge en algunas de las constituciones de nuestro entorno como ocurre en la Constitución Portuguesa de 1976 en cuyo art. 32 contempla “la nulidad de todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, ofensa de la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio o en la correspondencia o telecomunicaciones”.

Desde nuestro punto de vista la regulación específica de la prueba prohibida con sus excepciones es una imperiosa necesidad en nuestro sistema legal para evitar soluciones jurisprudenciales contradictorias y, en algunos casos, artificiosas sobre la interpretación del, actualmente escaso, art. 11. 1 de la LOPJ.

Si bien una regulación tan imprecisa, por establecer la falta de conexión entre la prueba originaria y la derivada de forma genérica, de forma que en su interpretación pueden tener cabida todas las excepciones existentes y aquellas otras que surjan por “invención” de nuestros tribunales, establecida en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 no nos parece lo suficientemente precisa y garantista y la contenida en el el Proyecto de Código Procesal Penal de 2013 nos parece excesiva al contemplar excepciones como la de obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales por parte de un particular que haya actuado sin intención de haber obtenido las pruebas, se podría llegar a un término medio, pero clarificador, en el que se contemple la regla de exclusión probatoria con la excepción de ruptura de la conexión entre la prueba originaria y la derivada basada en la fuente independiente (sin los matices del descubrimiento inevitable por su

⁵⁹⁵ Vid. Cap. IV, aptdo I 1.2 de esta obra

subjetividad), hallazgo causal, confesión voluntaria del inculpado (siempre con respeto a sus derechos en relación a lo referente a prestar declaración) y con prohibición de utilizar como excepción la buena fe y la obtención de pruebas por parte de particulares (entendemos que estas dos excepciones no contemplan las garantías constitucionales necesarias, la primera por la subjetividad del tribunal que la utilice y la segunda porque rompe con el fundamento constitucional de la propia regla de exclusión probatoria, amén de ser discriminatoria, y en ambas por la posibilidad de fomentar actuaciones aún más ilícitas).

3. Desde el punto de vista de salvaguardar las garantías en el proceso la instrucción por el fiscal y la creación de la figura del juez de garantías, como garante de los derechos de los ciudadanos que están sometidos a un proceso penal, nos parece fundamental para una correcta aplicación o no de la regla de exclusión probatoria.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, Anteproyecto que recogía la figura del juez de garantías y otorgaba la labor de instrucción al Ministerio Fiscal, ya avanzaba que: “Se ha dicho con razón que el proceso penal es la mejor balanza para medir el peso que los elementos autoritarios y liberales tienen en el orden jurídico político de un país.

Los componentes autoritarios preponderan en los sistemas de impronta inquisitiva que hacen del hallazgo de la verdad y del castigo del culpable el fin primordial que han de perseguir todas las autoridades públicas implicadas, incluidos los propios jueces. La preeminencia de los rasgos liberales conduce, en cambio, a modelos de proceso que ponderan equilibradamente el deber del Estado de esclarecer el delito con la adecuada tutela de los derechos individuales. Y para asegurar el aludido equilibrio estos modelos sitúan al juez en la posición de tercero ajeno a los intereses en pugna”.

Y continuaba diciendo: “El ambicioso sistema de garantías procesales que fue establecido en 1978 sólo puede hacerse efectivo si el juez ocupa la posición preeminente que le corresponde en el orden constitucional, como órgano ajeno al interés deducido en el proceso. El juez ha de quedar apartado de cualquier función activa en la pugna que entre el Estado y el ciudadano tiene lugar en todas

las fases del procedimiento criminal. Debe ser capaz de tutelar los distintos intereses en juego desde una posición de real y efectiva imparcialidad. Ha de fortalecerse, en definitiva, un control jurisdiccional que se ha visto debilitado por la acumulación en el mismo órgano de potestades que son ajenas a la función de juzgar y que, además, son incompatibles con su correcto ejercicio”.

Estableciendo en la garantía judicial en las actuaciones previas al proceso que: “la sistemática elegida pone también de manifiesto una nota propia del nuevo modelo de proceso. La regulación inicial y separada del órgano judicial obedece a la idea compartida de que el juez no debe ser en adelante contemplado como el impulsor de la actividad pública investigadora sino como el garante de los derechos individuales. Precisamente para subrayar esa nueva posición del juez se inicia la regulación legal con la clara determinación de las funciones jurisdiccionales”

No podemos estar más de acuerdo con la motivación de este Anteproyecto en el que se dividían las funciones judiciales en tres partes: las garantías, el juicio de acusación y el enjuiciamiento y se le atribúan al juez de garantías funciones como evitar que se violenten los derechos que asisten al sujeto investigado concretadas en aspectos como modular el grado de integración de la capacidad del investigado y circunscribir la asistencia del representante o defensor a determinados actos que estén directamente relacionados con su trastorno, en relación con la policía, no ha de tener ninguna relación inmediata con el Juez de Garantías, debiendo ser el Ministerio Fiscal su único interlocutor (para salvaguardar la imparcialidad y poder ejercer mejor su función de garante), controlar la personación de la acusación particular, resolver la solicitud de la prisión provisional comunicada solicitada por el Ministerio Fiscal, se le atribuye la competencia para autorizar las escuchas telefónicas (incluidas aquellas intervenciones de las comunicaciones realizadas por cualquier medio tecnológico) así como la autorización para la intromisión en ordenadores, dispositivos electrónicos y sistemas de almacenamiento masivo de memoria, entre otras de sus muchas funciones asignadas.

La creación de la figura de un juez de garantías es fundamental a la hora de conseguir el máximo garantismo en el proceso penal porque como dice FERRAJOLI. L: “Puesto que no es un Juez que instruye, que no busca las pruebas y elementos incriminatorios, puede actuar, en sentido lato, de garante,

ya sea controlando el respeto a determinados cánones normativos en la conducción de las indagaciones, ya sea garantizando en sentido estricto, que las libertades fundamentales sean "constreñidas", en este que es un ámbito realmente pre-procesal, dentro de los límites de la reserva de ley"⁵⁹⁶

Por otra parte la instrucción por parte del fiscal es beneficiosa al proceso penal en dos aspectos⁵⁹⁷: “Dota al proceso de una mayor coherencia interna, refuerza los principios constitucionales y redistribuye los poderes de Jueces y Fiscales, relativizando ambos, a sus verdaderas misiones y funciones” y agilizaría la fase de instrucción evitando actuaciones irrelevantes o intrascendentes, pudiéndose concluir la investigación tan pronto como el Ministerio Fiscal considere que puede sostener la acusación “ ya sea por motivos de estricta legalidad o por aplicación de un principio de oportunidad reglada”.

De igual manera, una solución muy acertada desde nuestro punto de vista sería la de habilitar una fase intermedia en el proceso penal para poder depurar el conjunto de pruebas que se van a presentar en el juicio y que van a ser valoradas por el juzgador y en las que va a fundamentar la sentencia.⁵⁹⁸

4. Desde el punto de vista de la probática. Como corolario a las posibles soluciones, y que es aplicable conjuntamente con las expuestas como complemento, hay que tener en cuenta uno de los aspectos más importantes que se derivan de la prueba prohibida: el efecto psicológico de la misma.

En palabras de MUÑOZ SABATÉ. L⁵⁹⁹ que la prueba sea ilícita no significa que no exista, lo que sucede es que no se puede incorporar al proceso y, en el caso de que así sucediera, tiene que ser excluída del mismo porque “todo lo que prueba es prueba” por lo que jurídicamente no puede ser tenida en cuenta pero subsiste en la psicología del juzgador.

⁵⁹⁶ FERRAJOLI. L: “Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari” Ed. Cedam. 1993, págs 86 y 87

⁵⁹⁷ BASTARRECHE VENGOA. T: “Jueces y Fiscales ante la instrucción.Cuestiones Constitucionales” en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* nº 160. 2013, págs 112 y 113.En cuanto a la defensa de la existencia de un juez de garantías vid. LORCA NAVARRETE. J.A: “Hacia la instauración del juez de garantías en el proceso penal español y la desaparición del juez instructor” en *Diario La Ley* nº 7158. 2009

⁵⁹⁸ PÉREZ GIL. J: “Entre los hechos y la prueba...”, op. cit, pág 248.

⁵⁹⁹ MUÑOZ SABATÉL. L «Introducción a la probática», J.M. Bosch, 2007, págs 32 a 34

Según PICÓ I JUNOY. J, la LOPJ dice que “no surtirá efecto pero no indica como lograr, en toda su plenitud, dicha falta de efecto”⁶⁰⁰ y define el efecto psicológico de la prueba ilícita como “El reflejo indirecto que la prueba ilícita puede causar en el enjuiciamiento judicial de los hechos consistente en valorar inconscientemente los datos que la misma incorpora”. Porque el juez ya ha oído o visto o a conocido las informaciones que la ley considera que tienen que ser rechazadas

Para evitar que eso suceda y que ese conocimiento psicológico se pueda quedar reflejado de alguna manera en la motivación de la resolución el autor propone, a modo de paliar esos efectos psicológicos nocivos y purificar la decisión judicial, cuatro soluciones con sus correspondientes críticas a algunas de ellas para concluir con la que, a su entendimiento compartido con otros autores, es la más apropiada:

- a) En primer lugar el remedio sería que, una vez incorporada al proceso la prueba ilícita, fuese valorada conjuntamente con el resto de pruebas, con independencia de las posibles sanciones que se le pudieran imponer al causante de la ilicitud. Esta solución enlaza con la primera de las cuestiones planteadas en este apartado: la desconstitucionalización de la prueba prohibida a través de la fundamentación en el efecto disuasorio.

Si la opción de buscar una alternativa a la prueba prohibida pasa porque se introduzca en el proceso para que sea tenida en cuenta para ser valorada con el resto de pruebas, con la única sanción de pedir responsabilidades al autor de la violación de derechos, supondría que se contraviniera el mandato del art. 11.1 de la LOPJ al dotar de eficacia a aquellas pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales y, según PICÓ I JUNOY. J el libre convencimiento del juez y de la valoración de las pruebas sólo puede ser válido respecto a las pruebas lícitas.

- b) En segundo lugar se plantea otra posibilidad: la recusación del juez, conforme a lo estipulado en el art. 219. 11 de la LOPJ, que hubiera tenido contacto con la prueba ilícita para evitar que en la decisión final la pudiera tener en cuenta

⁶⁰⁰ PICÓ I JUNOY. J: “El problema del efecto psicológico de la prueba prohibida” en *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho* nº 171. 2012, págs 36 y 37

psicológicamente. Esta posibilidad también es rechazada porque podría dar lugar a utilidades malintencionadas de la ilicitud por parte de abogados que la introducirían en el proceso a sabiendas de que luego podría ser causa de recusación.

- c) Una tercera opción pasaría por la creación de un nuevo procedimiento en el que la admisión y práctica de la prueba se atribuyera a dos órganos jurisdiccionales distintos, uno que actuara en la fase de preparación del juicio y otro que se encargara del enjuiciamiento. Cuestión harto complicada en el ámbito civil y que en el plano criminal ya existe y, sin embargo, es donde más casos de prueba prohibida se suscitan y que, en opinión del autor, que se permita al juez de instrucción determinar si una prueba es ilícita o no puede privar al órgano sentenciador de material probatorio importante.

Esta cuestión enlazaría con el tercer aspecto expuesto en relación la salvaguarda de las garantías del proceso, la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal y la supervisión de esas garantías por parte de un juez “ad hoc” solventaría la cuestión aunque PICÓ I JUNOY. J reconoce que el juez de garantías “debería hacerlo con suma cautela para, como se ha indicado, no cercenar valiosas pruebas al órgano sentenciador”.

- d) Por último la solución que considera más adecuada es la de controlar la ineficacia de la prueba ilícita a través de la motivación de la sentencia en la que el juez razona y somete a crítica todos los elementos probatorios que le han llevado a formular un fallo en un determinado sentido, aunque al mismo tiempo reconoce que puede resultar insuficiente para solventar el problema porque puede producir el efecto de que el juez sobrevalore las pruebas lícitas “más allá de lo razonable” y para ello plantea una solución: “la solución pasa por exigir un mayor rigor en la valoración de las pruebas utilizadas por el juez para fundamentar su sentencia y su posterior control en apelación y casación”⁶⁰¹.

Analizadas las cuatro posibles soluciones en función de lo estudiado podemos llegar a la conclusión de que la mejor opción sería una combinación de todas ellas para

⁶⁰¹ La misma opinión mantiene ANDINO LÓPEZ, J.A: “La doctrina de los frutos del árbol prohibido” en *Diario la Ley* nº 8943. 2017, pág 9

lograr el mayor garantismo posible respecto a la protección de los derechos fundamentales y del propio art. 11.1 de la LOPJ.

CAPÍTULO IV- CONCLUSIONES

I

Faltan aportaciones doctrinales concluyentes

A la vista del trabajo realizado se puede observar que sobre la materia de prueba prohibida se han realizado numerosos estudios dando lugar, por una parte, a una ingente doctrina y, por otra, a resoluciones jurisprudenciales interpretativas del art. 11 de la LOPJ y de los derechos fundamentales que dicho artículo protege sin que se haya podido concluir que aporten una, o varias, soluciones a un problema tan complejo, como es el difícil equilibrio entre la seguridad del Estado y el respeto garantista de los derechos fundamentales implicados, y que contiene múltiples matices.

A pesar de la dificultad del tema se puede decir que faltan aportaciones sobre las soluciones que se pueden adoptar, teniendo como referente el Derecho Comparado y la propia experiencia práctica, que faciliten un criterio equitativo, equilibrado y, sobre todo, garantista con los derechos fundamentales, al ser esta última característica la aportada interpretativamente *ab initio* por la jurisprudencia e inspiradora de la propia Ley.

En este trabajo se ha utilizado el término prueba prohibida por considerar que es el que más se acerca a la realidad contenida en el art. 11.1 de la LOPJ.

La prueba prohibida, enfocada desde el punto de vista de limitación a la prueba cuyo objetivo es la búsqueda de la verdad, ha ido evolucionando desde la permisividad de lo que hoy se considera prohibido y que antaño estaba legislado hasta convertirse en el centro del garantismo basado en el respeto a los derechos fundamentales para terminar con una involución de su propia esencia surgida a través de las excepciones a la regla.

II

La interconexión inicial entre dos sistemas: Estados Unidos y España

En el presente estudio se puede observar que se trata el problema de la prueba prohibida desde tres perspectivas fundamentales que se complementan entre sí para llegar a una visión de futuro: Desde el punto de vista conceptual, desde el punto de vista histórico y desde el punto de vista de Derecho Comparado.

1. Desde el punto de vista conceptual, dando una visión de su significado y de su fundamento para realizar un enfoque más preciso del tema.
2. Desde el punto de vista histórico, que supone la matización del concepto y de su desarrollo para una mejor comprensión de su evolución hacia el garantismo y su posterior involución hacia su restricción.

A su vez este punto de vista se puede subdividir en dos aspectos:

- a) El aspecto histórico-jurídico-jurisprudencial de nuestro país, acudiendo al pasado legislativo sobre ordalías y torturas cuyo estudio vino marcado por la búsqueda de las normas más importantes de cada época referidas a esa materia utilizando fondos bibliográficos contenidos tanto en la biblioteca municipal de la ciudad de León como en bibliotecas digitales, destacando la página web de la biblioteca de la Universidad de Sevilla en la que se recogen muchas de las normas utilizadas y comentadas y la biblioteca virtual Miguel de Cervantes, www.cervantesvirtual.com, en la que constan numerosos escritos históricos. Una vez recopiladas las normas deseadas se acudió a diversos estudios realizados por diversos autores expertos en la materia a tratar.

Se continuó con la búsqueda de la jurisprudencia y el análisis de la posterior legislación surgida de ese criterio para terminar con la evolución del criterio adoptado por nuestros tribunales. Los recursos utilizados fueron fundamentalmente electrónicos, centrados en las páginas web del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Igualmente se acudió a diversas bases de datos.

- b) El aspecto histórico- jurisprudencial de Estados Unidos, en el marco del Derecho Comparado, por ser el país de origen de la regla de exclusión probatoria y cuyo estudio ayuda a entender el propio principio de la prueba prohibida en nuestro país y su posterior evolución, tanto en lo que se refiere a la búsqueda de obras y

autores como de las sentencias más importantes en la materia. Para ello han sido de gran utilidad los medios electrónicos vía internet entre los que destacan los buscadores de jurisprudencia en los que se da acceso a multitud de sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos desde 1760 hasta nuestros días, también se acudió a la propia página web de la Corte Suprema de Estados Unidos en la que, además de contener jurisprudencia, contiene información que ha sido de gran utilidad para entender el funcionamiento de la Corte Suprema y el sistema procesal norteamericano.

Desde un punto de vista de Derecho Comparado éste necesario como elemento de contrastación derivado de la jurisprudencia norteamericana germen de la prueba prohibida, a la par que hacer una breve referencia a la estructura y al sistema judicial y procesal de Estados Unidos, a lo que se añade el carácter político en la elección de su judicatura, para así poder llegar a un mejor entendimiento del nacimiento de la *Exclusionary Rule* y su posterior evolución.

Para realizar el estudio se acudió a diversos recursos bibliográficos y jurisprudenciales, siendo útil uno u otro recurso dependiendo del desarrollo elegido y, la mayoría de las veces, complementándose ambos. De esta manera, partiendo de sentencias relevantes en la materia se acudió a estudios bibliográficos para su contraste y así complementar la información obtenida.

III

La paradoja: dos sistemas judiciales diferentes dan lugar a soluciones iguales.

Si bien la prueba prohibida tuvo su origen en la interpretación que la Corte Suprema de EEUU realizó de la *Bill of Rights*, recayendo en un primer momento sobre la Cuarta Enmienda para hacerse extensiva posteriormente a las Enmiendas Quinta, Sexta y Decimocuarta y si bien nuestro Tribunal Constitucional se hizo eco de ella en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, inspirando al legislador para el nacimiento del art. 11 de la LOPJ, la evolución posterior y su traslado al sistema español es errada debido a la diferencia existente entre ambos sistemas judiciales basado en las siguientes consideraciones, derivadas unas de otras, que dan lugar a consecuencias diferentes:

1. Mientras que en el sistema judicial estadounidense se basa en el *common law*, reminiscencia del Derecho inglés, el sistema español proviene del sistema jurídico romano. Las consecuencias de ello son:
 - a) Que en EEUU la jurisprudencia es la parte más importante del Derecho mientras que en España es un derecho predominantemente legislado.
 - b) En EEUU se da mucha importancia a los precedentes, cuando un juez sienta un precedente está creando una regla de Derecho, lo que allí se expresa como *juzgue made law* (ley hecha por el juez). En España el juez se tiene que ceñir a las leyes
 - c) La forma de elección de los jueces en EEUU es fundamental a la hora de la influencia que su opinión supone en la interpretación más o menos garantista de la aplicación de la Bill of Rights.
 - d) En EEUU no existe un Derecho Procesal tal y como se conoce en los países continentales, el criminal procedure norteamericano se centra en los aspectos prácticos caso por caso.
 - e) En España la valoración de la prueba se realiza por el juzgador, en EEUU esa labor es realizada por un jurado (el juez se ocupa del Derecho, el jurado de los hechos).
2. Mientras que en EEUU la doctrina de la *Exclusionary Rule* se centra en el *deterrent effect* (efecto disuasorio) para evitar los abusos policiales en España se centra en el respeto a los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, la consecuencia de ello es que muchas de las excepciones a la regla de exclusión probatoria planteadas en el país de origen y que han sido adoptadas por el nuestro conllevan la desconstitucionalización de la propia regla y su posible extinción.
3. En España, al contrario que en EEUU, sí existe una norma legal expresa que recoge la prueba prohibida, el art. 11.1 de la LOPJ, que incluye una concepción más garantista al contemplar la teoría del fruto del árbol envenenado, ese reconocimiento de la prueba prohibida en una Ley Orgánica supone su reforzamiento al gozar de mayor protección.

IV

La involución dentro de la evolución: las excepciones

Las excepciones en nuestro país han surgido mediante una translación de las existentes en EEUU. De estas excepciones unas recaen sobre la eficacia refleja de la prueba prohibida, en cuya base reside la falta de conexión entre la prueba originaria y la derivada y cuya teoría se ha ido perfilando por la jurisprudencia hasta llegar a construcciones altamente subjetivas, complejas y artificiosas como la excepción de la conexión de antijuridicidad. La fuente independiente, el descubrimiento inevitable, el hallazgo casual, el nexo causal atenuado, la conexión de antijuridicidad y la confesión voluntaria del imputado constituyen el elenco de excepciones que afectan a la teoría del fruto del árbol envenenado. Otras excepciones recaerían sobre la aplicación directa de la regla de exclusión como la buena fe, la admisión de pruebas prohibidas por particulares, la ponderación de intereses o la posible excepción implícita de la ruptura de la cadena de custodia. Todo ello conlleva a un marcado declive de la prueba prohibida, tanto en nuestro país como en EEUU, y manifiesta una tendencia pro seguridad a costa de sacrificar el garantismo con el que la regla de exclusión probatoria nació. La lucha contra el terrorismo, la ciberdelincuencia y el crimen organizado pueden ser razones de peso para que la balanza se halla inclinado hacia el ámbito protector de la seguridad pero este criterio se aparta de la legalidad actual y desvirtúa el contenido de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

V

Excepciones que afectan a la conexión

De las excepciones que afectan a la conexión entre la prueba originaria y la derivada, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y la conexión de antijuridicidad, se pueden extraer varias críticas.

- a) La fuente independiente: se puede decir que, en términos estrictos, no se trataría de una verdadera excepción puesto que si se da validez a una prueba que es independiente de la contaminada esa prueba no surgiría de un árbol contaminado si no de uno que está sano, además de la complejidad que supone la identificación de ese grado de independencia respecto de la prueba viciada

que lleva a considerar que es el juzgador quien, subjetivamente, determina esa desconexión.

- b) El descubrimiento inevitable: puede considerarse una perfección de la fuente independiente y se basa en una hipótesis, un supuesto de lo que hubiera podido pasar si no se hubiera producido la vulneración, lo que significa que se están utilizando criterios basados en presunciones imaginativas muy alejados de aquellos que se deberían de utilizar con contenido legal y procesal.
- c) La conexión de antijuridicidad: Es la excepción que ha sido más criticada. Su imprecisión y su construcción compleja y artificiosa hace muy difícil en la práctica determinar cuando es de aplicación, en concreto cuando se trata de prueba electrónica la dificultad se acrecenta debido a las propias particularidades del entorno digital cuyo ámbito es también complejo e igualmente impreciso y relega a un segundo plano el derecho a la presunción de inocencia.

VI

Excepciones que afectan directamente a la prueba

Las excepciones que afectan directamente a la prueba prohibida, la buena fe, la admisión de pruebas prohibidas obtenidas por un particular, la ponderación de intereses y la ruptura de la cadena de custodia (como posible excepción implícita), son las que más daño han hecho a la prueba prohibida al constituir un ataque directo sobre la propia regla de exclusión y las que dejan sin contenido tanto a los derechos fundamentales, constitucionalmente reconocidos, protegidos por ella como a lo explicitado en el art. 11.1 de la LOPJ. Todas ellas criticables por la inseguridad jurídica que suponen debido a la una transalación derivada de un sistema jurídico muy diferente al nuestro.

- a) La buena fe, excepción que supone la materialización explícita del efecto disuasorio, propio del sistema norteamericano, que aleja el garantismo inicial del fundamento de la prueba prohibida y que, teóricamente, su aplicación no debería de haber tenido cabida en nuestro sistema jurídico. Teniendo en cuenta que el artículo que regula la regla de exclusión probatoria (el tan mencionado art. 11.1 de la LOPJ) alude a que “en todo tipo de procedimientos se respetarán las reglas de la buena fe” se presupone que la buena fe va implícita en la propia

prueba prohibida, consecuentemente resultaría absurdo el argumento de su inaplicación sobre su propia base implícita.

Si bien nuestros tribunales no la han utilizado de manera exclusiva si no como complemento de refuerzo de las otras excepciones, su argumentación en sí supone un peligro al justificar la desconexión entre la inconstitucionalidad de la prueba de las intenciones (buena fe) de los agentes intervinientes en la obtención de la prueba.

- b) La admisión de pruebas prohibidas obtenidas por un particular, como “excepción excepcional” (STS 116/2017, de 23 de febrero, la “Lista Falciani”) establecida por el TS sin pretensiones de que se convierta en una regla general si no que acude a una ponderación de intereses para cada caso particular y que, sin embargo, ha tenido repercusión en otros pronunciamientos judiciales.

Con esta sentencia se llega al cúlmen de la consideración del efecto disuasorio como base de la prueba prohibida al considerar que esa advertencia disuasoria sólo es para los agentes públicos. Si la jurisprudencia continuara en esa línea se podría llegar a lo mismo que sucedió en EEUU con la silver platte doctrine, entregar pruebas obtenidas ilícitamente por los agentes de la autoridad “en bandeja de plata” a los particulares para que las presenten en juicio evitando así su exclusión.

- c) La ponderación de intereses, al igual que la buena fe ha sido utilizada, hasta tiempos recientes, como complemento de otras excepciones para reforzar el argumento de admisión de pruebas prohibidas y, de manera implícita, en casos mediáticos para salvaguardar el interés público (STS 587/2014, de 18 de julio, el caso de los niños de Córdoba o caso Bretón) . Basada en el criterio norteamericano del Balancing test y utilizada también en otros países de nuestro entorno, el TC ha dado luz verde para su aplicación directa con la STC 97/2019, de 16 de julio, resolutoria del recurso de amparo interpuesto contra la STS 116/2017, de 23 de febrero antedicha, alegando que es perfectamente compatible con lo estipulado en el art. 11.1 de la LOPJ y reforzando el criterio de la aportación de pruebas prohibida por particulares.

Esta teoría que se convierte en excepción a la regla de exclusión carece de apoyo legal alguno (como sí ocurre en otros países europeos) y se basa única y exclusivamente en la voluntad de los juzgadores.

- d) La ruptura de la cadena de custodia como posible excepción, a pesar de que pueda vulnerar los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia el TS se muestra reacio a excluir pruebas en las que se haya vulnerado su cadena de custodia sobre la base de la intensidad de la infracción (si es menor la vulneración de la cadena de custodia se admite, si es mayor se excluye) a criterio del juzgador.

Aplicando la teoría alemana de las prohibiciones probatorias que distingue entre prohibiciones de producción de pruebas y prohibiciones de utilización de pruebas, la ruptura de la cadena de custodia es evidente que cuando ésta se produce se convierte en una prohibición de producción de la prueba, al no poder asegurar la mismidad de la misma, y por lo tanto una prohibición en su aprovechamiento.

No existe una regulación específica acerca de la cadena de custodia lo que supone un problema añadido a la hora de determinar cuando resulta infringida. Debería de estar legislada a través de una norma procesal, por lo tanto orgánica, al constituir una actuación previa al juicio y recaer sobre el eje del proceso que es la prueba y el derecho a su utilización, por lo tanto un derecho fundamental, lo que acarrea la consecuencia de que su vulneración implica también vulneración de derechos fundamentales y, por lo tanto, prueba prohibida.

VII

¿La desconstitucionalización de la prueba prohibida?

1. La adopción por parte de nuestros tribunales de la fundamentación norteamericana de la prueba prohibida como efecto disuasorio desvirtúa la realidad garantista de su propia esencia y somete a los derechos fundamentales a un rango inferior al otorgado a ese efecto disuasorio, lo que supone su desconstitucionalización.

2. A su vez, el efecto disuasorio conlleva la inaplicación del art. 11.1 de la LOPJ a los procedimientos civiles en los que rige el principio de aportación de parte porque no existiría ese efecto disuasorio.
3. Igualmente el efecto disuasorio significa que no se puede aplicar la regla de exclusión a las pruebas obtenidas por particulares y deja sin contenido las prescripciones contenidas en el art. 287 de la LEC referentes al proceso civil y en el art. 90 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral que recogen expresamente lo dispuesto en el art. 11.1 de la LOPJ, cuando por el propio contenido del artículo como por la jurisprudencia se especifica que se aplicará a todo tipo de procedimientos en todos los órdenes jurisdiccionales.

VIII

La prueba prohibida en el entorno digital

1. La reforma de la LECrim operada a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre, “de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica” supuso un avance en cuanto la inclusión en la legislación de los medios tecnológicos.

Dentro del beneficio que supone la regulación en el ámbito penal nos encontramos con dos ventajas importantes, por un lado el aumento de las garantías en los derechos afectados por las medidas restrictivas de derechos fundamentales y por otro la regulación de los descubrimientos casuales que supone, en cierta medida, reflejar una de las excepciones a la prueba prohibida pero con una serie de garantías que antes no contemplaba la propia excepción reflejadas en unos parámetros exigibles legalmente (deducción de testimonio de los particulares necesarios con los antecedentes, autorización judicial y prórrogas de la misma y comprobación de la imposibilidad de haberla solicitado en el momento inicial)

2. La regulación de la cadena de custodia se torna más imprescindible en el ámbito tecnológico debido a la gran complejidad de demostrar los datos intangibles, volátiles y mutables que constituyen la prueba electrónica.

3. La incorporación al proceso de la prueba electrónica tiene que cumplir los requisitos de pertinencia y necesidad, licitud y cumplir con las exigencias propias de cada orden jurisdiccional contenidas en las respectivas normas procesales pudiéndose utilizar cualquiera de los medios establecidos en la ley y se valorará conforme a las reglas de la sana crítica.
4. Los derechos en conflicto afectados por el uso de las nuevas tecnologías se encuadran dentro del art. 18 de la Constitución, derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos, que adquieren una complejidad más amplia en el ámbito del mundo digital. Más problemas, si cabe, plantean los nuevos derechos acuñados por la jurisprudencia como el “derecho al entorno digital”, el “derecho a la autodeterminación informativa” o el “derecho al olvido digital” que, si bien nuestros tribunales los encuadran dentro del mencionado art. 18, tienen sustantividad propia e independencia por su contenido más extenso que los recogidos en la Constitución que hacen muy difícil, en teoría, la aplicación del art. 11. 1 de la LOPJ y, por lo tanto, declarar su vulneración como tales derechos porque, sencillamente, constitucionalmente no existen.

IX

Algunas propuestas de futuro

Llegar a una solución más garantista que la existente en la actualidad es una tarea compleja que pasa por diferentes aspectos: Volver al fundamento constitucional, la legislación, la instrucción por parte del Ministerio Fiscal y la creación de un juez de garantías así como tener en cuenta el importante papel de la doctrina constituyen los aspectos más destacados.

1. Evitar la desconstitucionalización de la propia regla de exclusión probatoria, desechando el efecto disuasorio para evitar dar cabida a excepciones subjetivas y permisividad a la aportación de la prueba prohibida por los particulares.
2. La regulación que se había establecido en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 se recogían las pruebas de origen ilícito en los arts. 128 a 131 con la excepción de falta de conexión entre la prueba

originaria y la derivada contemplando la necesidad de comprobar la índole y características de la vulneración, el resultado obtenido y la necesidad de la tutela del derecho fundamental afectado. Desde nuestro punto de vista esta regulación no es lo suficientemente precisa y garantista.

Por otra parte el Proyecto de Código Procesal Penal de 2013 recogía también la prueba prohibida y algunas de sus excepciones en su art. 13, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable, el hallazgo casual, la confesión voluntaria del encausado y cuando fuesen favorables al encausado junto con la admisión de pruebas obtenidas por particulares cuando se hubieran violado derechos fundamentales siempre que se hubiera actuado sin intención de haber obtenido las pruebas, regulación que nos parece excesiva por contemplar excepciones que no respetan las garantías constitucionales.

Para evitar interpretaciones de carácter subjetivo sobre el art. 11.1 de la LOPJ la solución pasaría por una nueva legislación intermedia entre los proyectos mencionados que recoja tanto el efecto reflejo (teoría del fruto del árbol envenenado) como algunas de sus excepciones que reflejen la ruptura del nexo causal entre la prueba originaria y la derivada, entre ellas la fuente independiente (sin los matices del descubrimiento inevitable), el hallazgo casual (con una regulación más detallada que la existente) y la confesión voluntaria del encausado (con respeto a sus derechos en el momento de prestar declaración). Igualmente se debería recoger la prohibición de utilizar la buena fe como excepción y la permisividad de la prueba obtenida por particulares violando derechos fundamentales, por no contemplar las garantías constitucionales necesarias y por la posibilidad de fomentar conductas aún más prohibidas.

3. La atribución de facultades instructorias al Ministerio Fiscal y la creación de un juez de garantías que vele por el estricto cumplimiento de las garantías de los ciudadanos sometidos a un proceso penal nos parece una solución muy acertada ya que el juez se convertiría en un auténtico agente imparcial desgajado de la función activa que constituye el poder punitivo del Estado. Se agilizaría la fase de instrucción y se reforzarían los principios y garantías constitucionales al mismo tiempo que se evitaría el llamado efecto psicológico de la prueba prohibida sobre el juez que tiende a valorar inconscientemente la prueba que ya ha sido conocida por él aunque posteriormente se haya eliminado del proceso,

consiguiendo así resoluciones judiciales más “purificadas”, juntamente con la creación de una fase procesal específica que se articule para conseguir esa “limpieza probatoria”.

Como corolario a este trabajo, esta visión de futuro resumida en tres aspectos quedaría perfectamente completada si en la práctica se realizaran conjuntamente todos los matices apuntados, consiguiendo así aumentar y mejorar el garantismo inicial ahora perdido.

Igualmente se hace muy necesario el papel de la doctrina en la prueba prohibida como criterio orientador para el legislador ya que la doctrina inspira al legislador y éste obliga al juzgador.

No hay que olvidar nunca que el legislador legisla y el juzgador juzga, hay que evitar que este último se arrogue facultades que corresponden al primero a través de la jurisprudencia.

X

A modo de colofón

1. La tensión entre las garantías procesales y la eficacia procesal hace que la balanza en ocasiones se incline hacia la protección máxima de las Garantías del Debido Proceso (el llamado Garantismo Procesal) y en otras ocasiones hacia la Eficacia, entendida ésta en relación con la agilidad de la Justicia y de la persecución de las dilaciones indebidas e, igualmente, en relación con la eficacia/seguridad que se manifiesta en la consecución de la verdad material a cualquier precio.
2. La evolución de la prueba prohibida ha pasado de una etapa inicial de deslumbramiento, constituida por una fase pro derechos fundamentales a través de la inicial STC 114/1984, de 29 de noviembre, su acogimiento en la LOPJ mediante el art. 11.1 y la acogida de la doctrina de la eficacia refleja de la prueba prohibida mediante la STC 85/1994, de 14 de marzo, a una etapa reduccionista en la que prima la fase pro eficacia – seguridad y que se manifiesta en la creación de las excepciones culminando con la STC 97/2019, de 16 de julio, que implica que la balanza se inclina claramente hacia el lado de la seguridad y

pro búsqueda de la verdad material por encima del respeto escrupuloso a los derechos fundamentales y a las garantías procesales.

CAPÍTULO V- BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH. X: “ A propósito del juicio sobre la admisión de los medios de prueba” en *Prueba y Decisión Judicial, texto presentado en las VII Jornadas Internacionales de Derecho Procesal Contemporáneo, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín (Colombia), el 12 de marzo de 2010.*

- “La prueba electrónica”. (Ob. Col), ABEL LLUCH. X. (Dir.), GINÉS CASTELLET, N (Coord) PICÓ Y JUNOY. J. Bosch Editor. 2011.
- “La dosis de prueba: entre el Common Law y el Civil Law” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 35. 2012.
- “Configuración de las reglas de la sana crítica en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil” en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. Vol 25. nº 2. 2013.

AGÜERO. A: “ La tortura judicial en el antiguo Régimen. Orden procesal y cultural” en *Direito e Democracia*, vol. 5, num 1. 2004.

ALCAIDE GONZÁLEZ. J.M: “La Prueba Ilícita Penal. Decadencia y Extinción. Jurisprudencia Práctica Comparada con EEUU”. Ed. Ley 57. 2013.

ALEJOS TORIBIO. E. M: “Valoración Probatoria Judicial: alcances sobre la evolución de sus sistemas en la prueba penal” en *Derecho y Cambio Social*. Año 1, núm. 37, 2014.

ALLEN. R, LEITER. B: “Naturalized epistemology and the law of evidence” en *Virginia Law Review* volume 87 nº 8. 2001.

ALVARADO PLANAS. J: El problema del Germanismo en el Derecho Español. Siglos V-XI. Ed. Marcial Pons 1997.

ALVARADO VELLOSO. A: “Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio”. Ed. Tirant lo Blanch. 2005.

- “La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal). Ed. Tirant Lo Blanch. 2006.

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER. S: “”Vademecum” de la actuación policial y de instrucción: cómo evitar las nulidades en la obtención de la prueba (I)” en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 57, nº 1938. 2003,

- AMBOS. K: “La teoría del efecto extensivo en el derecho procesal penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán” en *Revista General de Derecho Procesal*. n° 29. 2013. Ed. Iustel.
- ANDINO LÓPEZ. J.A: “La doctrina de los frutos del árbol prohibido” en *Diario la Ley* n° 8943. 2017.
- ANDRÉS IBAÑEZ. P: “Sobre la garantía judicial de los derechos” en *Claves de Razón Práctica* n.º 90. 1990.
- ANGUAS BALSERA. J: “EL peritaje en informática en el marco de las disciplinas que le son afines. Puntos de contacto y perfil de la actividad” en *Diario La Ley* n° 7329. 2010
- ARAGONESES MARTÍNEZ. S: “Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil” (Ob. Col). CUBILLO LÓPEZ, I; HINOJOSA SEGOBIA. R y otros Ed. Colex. 2004
- ARMENTA DEU. T: “La prueba ilícita (un estudio comparado) Marcial Pons. 2011.
- “Sistemas Procesales Penales. La Justicia Penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?”. Ed Marcial Pons. 2012.
- ARROYAL ESPIGARES. P.J, MARTÍN PALMA. M.T, “La traducción manuscrita del Derecho de Cuenca. Los Fueros de Plasencia, Villaescusa de Haro y Huete” en *Historia. Instituciones. Documentos*. Núm. 19. 1992
- ASENCIO MELLADO. JM: “La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2” en *Poder Judicial* n° 4. 1986
- “Prueba prohibida y prueba preconstituida”. Ed. Trivium. 1989.
 - “La teoría de conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de los derechos fundamentales” en *Jueces para la Democracia* n° 66. 2009.
 - “Problemas Actuales de la Justicia Penal. Secreto profesional, coop. Jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales” (Ob. Col). GONZÁLEZ-CUELLAR. N (Dir). SANZ HERMIDA. A.M (Coord), ORTIZ PRADILLO. J.C.. Ed. Cóllex 2013.
- BARONA VILAR. S: “Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal” Ed. Tirant lo Blanch. 2015

- BASTARRECHE VENGOA. T: “Jueces y Fiscales ante la instrucción. Cuestiones Constitucionales” en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* nº 160. 2013
- BECCARIA. C: “Tratado de los Delitos y de las Penas” *The Figuerola Institute. Legal History*. Ed. Universidad Carlos III de Madrid. 2014.
- BELING. E: “Die beweisverbote als grenzen der Wahrheitserforschung mi Strafprozess”. Bresalau: Scheletter.1903.
- BENTHAM. J: “Tratado de las Pruebas Judiciales”. Vol I. Traducida por Ossorio Florit. M. Ediciones Jurídicas Europa- América. 1971
- BERNAL CUÉLLAR. J: “Intercepción telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal” en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, nº 4, especial. 1990.
- BOUZAT. A, CANTARO. A.S: “Verdad y prueba en el proceso acusatorio” en *Discusiones: Revista Prueba y Conocimiento* nº 3 .2003.
- BRADLEY. C.M: “ The "Good Faith Exception" Cases: Reasonable Exercises in Futility” en *Indiana Law Journal*, vol. 60:287, 1985.
- BUENO DE MATA. F: “Prueba electrónica y proceso 2.0”. Tirant Lo Blanch. 2014.
- “La validez de los pantallazos como prueba electrónica: comentarios y reflexiones sobre la STS 300/2015 y las últimas reformas procesales en materia tecnológica” en *Diario La Ley* nº 8728. 2016
- BURNHAM. W: “Introduction to the law and legal Sistem of the United States”. Thomson West. 2006.
- BUSTAMANTE ALARCÓN. R: “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial” en *ius veritas* n.º 14. 1997.
- “El Derecho Fundamental a un proceso justo – llamado también debido proceso- artículo publicado en “Proceso& Justicia” *Revista del equipo de Derecho Procesal del Taller de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. 2000.
 - “El problema de la "Prueba Ilicita": Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal en: *THEMIS: Revista de Derecho*, nº. 43. 2001 (Ejemplar dedicado a: Derecho Procesal),

- CAAMAÑO DOMINGUEZ. F: “El derecho a la defensa y a la asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes” en *Cuadernos de Derecho Público* n.º 10. 2000.
- CALABRESI. G: “The Exclusionary Rule” en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 26, nº1. 2003.
- CAMPANER MUÑOZ. J: “La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba”. Thomson Reuters. Aranzadi. 2015.
- CARACCIOLO. R: “El problema e los hechos en la justificación de las sentencias” en *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho Isonomía* nº 38. 2013.
- CARNELUTTI. F: “Derecho y Proceso”.(Traducción de Santiago Sentís Melendo del volumen italiano “Diritto e Processo”, publicado por Moranó Editore, Nápoli 1958) Colección Ciencia del Proceso. Ed. Jurídicas Europa-América.1971
- “La prueba civil” Ed. Depalma, 1982. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.
- CARMONA RUANO. M: “De nuevo la nulidad de la prueba, ¿Es indiferente el momento en que deba declararse? en *Revista Jueces para la Democracia*, nº 25. 1996
- CAROCCA PEREZ. A: “Garantía constitucional de la defensa procesal”. José María Bosch Editor. 1998
- CASABIANCA ZULETA. P: “Las intervenciones telefónicas en el sistema penal”. Bosch editor. 2016.
- CASERO LINARES. L: “Nulidad de la prueba por vulneración de los principios y derechos sobre protección de datos” en “Nuevas tecnologías, protección de datos personales y proceso penal” (Ob. Col). GUTIÉRREZ ZARZA. A (Coord.); BAYO DELGADO. J; CASERO LINARES. L y otros. Ed. La Ley. 2012.
- CASTILLEJO MANZANARES. R: “Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios”. Ed. La Ley. 2010
- CATALÁ I BAS. A.H: “Escuchas telefónicas: un encuentro con el Tribunal Constitucional y un desencuentro con el legislador español” en *Revista Europea de derechos fundamentales* nº15. 2010

- CEDEÑO HERNÁN. M: “Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional” en *Cuadernos de Derecho Público* nº 10. 2000.
- CERDÁ RUIZ-FUNES. J: “ En torno a la pesquisa y procedimiento inquisitivo en el Derecho Castellano- Leonés de la Edad Media” en *Anuario de Historia del Derecho Español* nº 32. 1962.
- CROCKER. L: “Can the Exclusionary Rule be saved?” 84 J en *Criml & Criminology* 310, 1993.
- CUARTANGO. R: “Hegel, filosofía y modernidad”. Ed. Montesinos. 2005
- DARAHUGE. M. E, ARELLANO GONZÁLEZ. L.E: “Manual de Informática Forense (prueba indiciaria informática forense)”. Ed. Errepar. 2012
- DELGADO MARTÍN. J: “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración” en *Diario La Ley* nº 6. 2017
- DE HINOJOSA Y NAVEROS. E : “El elemento germánico en el Derecho Español”. Centro de Estudios Históricos. 1915.
- DE LLERA SUÁREZ- BÁRCENA. E: “El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal” en *Rev. Del Poder Judicial*, nº3. 1986.
- DE URBANO CASTRILLO. E: “Prueba ilícita en particular” en *La Prueba en el Proceso Penal II Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 9. 1996.
- “El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa” en “Derechos Procesales Fundamentales”. Manuales de Formación Continua nº 22. CGPJ. 2004.
 - “La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial”. Ed. Thomson Aranzadi. 4ª Ed. 2007
 - “La valoración de la prueba electrónica”. Tirant lo Blanch. 2009.
- DEVIS ECHANDÍA. H: “Teoría general de la prueba judicial. Tomo I” ed. Víctor P. de Zavalía. 2002
- Compendio de la Prueba Judicial” Tomo I. Rubinzal-Culzoni editores. 2007.

- DÍEZ CABIALE. J.A, MARTÍNEZ MORALES. R: “La teoría de la conexión de antijuricidad” en *Revista Jueces para la Democracia* nº 43. 2002.
- DÍAZ Y DÍAZ. M. C: “La Lex Visigothorum y sus manuscritos. Un ensayo de reinterpretación” en *Anuario de Historia del Derecho Español* nº 46. 1976
- DU BOYS. A: “Historia del Derecho Penal en España” trad. De Vicente y Caravantes. J. 1872.
- EIRANOVA ENCINAS. E: “Cadena de custodia y pruebas de cargo” en *Diario La Ley* nº 6863. 2018
- ESTRELLA RUIZ. M: “Entrada y registro, interceptación de las comunicaciones postales, telefónicas, etc” en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*. Consejo General del Poder Judicial. 1996.
- EUSAMIO MAZAGATOS. E, SÁNCHEZ RUBIO. A. “La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos” Ed. Tirant Lo Blanch, 2016.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO. J: “Las reglas del Juego. Prohibido hacer trampas: La prueba ilegítimamente obtenida en La prueba en el proceso penal II. Cuadernos de Derecho Judicial n.º 9. 1996
- FERRAJOLI. L: “Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari” Ed. Cedam. 1993
- “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal” Ed. Trotta 1995
 - “Epistemología jurídica y garantismo” Distribuciones Fonmara S.A 2004.
 - “Garantías y Derecho Penal” en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 31. 2001
- FERRER BELTRAN. J: “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales” en *Jueces para la democracia*, nº 47. 2003.
- FIDALGO GALLARDO. C: “Las pruebas ilegales: de la Exclusionary Rule estadounidense al art. 11.1 LOPJ”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003.
- FRAMARINO DEI MALATESTA. N: “La lógica de las pruebas en materia criminal” Tomo I. Ed. Temis. 2002

- GÁLVEZ MUÑOZ. L: “La ineficacia de la Prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Normas y Jurisprudencia (TEDH, TC, TS, TSJ Y AP) en los ámbitos Penal, Civil, Contencioso-administrativo y social” Thomson- Aranzadi, serie Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional n.º 10. 2003.
- GARCÍA AMADO. J.A: “Un debate sobre ponderación”. GARCÍA AMADO. J. A, ATIENZA. M. Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca. Ed. Carrera de Derecho U.S.F.X.CH. 2016.
- “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación en . *Revista Iberoamericana de Argumentación* nº 13. 2016: 1-22
- GARCÍA LÓPEZ. Y. “Estudios críticos de la Lex Wisigothorum” en *Memorias del Seminario de Historia Antigua. V.* Universidad de Alcalá de Henares 1996
- GARCÍA PAREDES. A: “La prueba en juicio: ¿Y si es electrónica? En *Revista de Contratación Electrónica.* nº 62. 2005
- GARRO. A. M: “Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte” en *Revista de Derecho Constitucional,* nº 35. 1992.
- GILSANZ USUNAGA. J: “El Certiorari ante el Tribunal Supremo americano: Una aproximación desde el Derecho español” en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2016), vol. 8. nº 1.
- GIMENO SENDRA. V: “Derecho procesal penal”. (Ob. Col) GIMENO SENDRA. V., MORENO CATENA. V y CORTÉS DOMINGUEZ. V: Ed. Cóllex, 1999.
- “Manual de Derecho Procesal Penal” . Ed. Cóllex. 2010.
 - “Derecho procesal penal” Ed. Aranzadi, 2012.
 - “Derecho Procesal Penal”. Thomson Reuters. 2012
- GOLDSCHMIDT. J: “Derecho Procesal Civil” Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales. Ed. Labor 1936.
- GÓMEZ COLOMER. J.L: “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español : Del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato” en “*Prueba y Proceso Penal*”, Ed. Tirant lo Blanch 2008.

- “Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal” Ed. Tirant Lo Blanch 2015
- “Prueba admisible y prueba prohibida: Cambios en el Garantismo Judicial motivados por la lucha contra el crimen organizado en la realidad jurisprudencial española actual” en *Doctrina y Jurisprudencia Penal* nº 22. 2015

GONG. Z: “Utah v. Strieff and the future of the exceptions to the Exclusionary Rule” en *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy Sidebar*. vol. 11, 2016

GONZÁLEZ GRANDA. P: “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC” en “Carga de la Prueba y Responsabilidad Civil” .. (Ob. Col). CORTÉS DOMÍNGUEZ. V, DAMIÁN MORENO. J, GONZÁLEZ GRANDA. P y otros. Ed. Tirant lo Blanch 2007

GONZALEZ MONTES. J.L: “La prueba ilícita” en *Persona y Derecho* nº 53. 2006

GRIMA LIZANDRA. V: “Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos” Ed.Tirant Lo Blanch. 1998.

GUARIGLIA. F: “Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal” en *Jueces para la Democracia* nº 26. 1996.

GUDIN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS. F: “Evolución de la tortura en España: de un reputado instituto procesal a un execrable delito” en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 60, nº 2021. 2006.

HASSEMER. W: “Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal” (traducción de Muñoz Conde, F y Díaz Pita M.M) Ed. Temis. 1999.

HEATHER A. JACKSON: “Arizona v. Evans: Expanding Exclusionary Rule Exceptions and Contracting Fourth Amendment Protection” en , 86 *J. Crim. L. & Criminology* 1201 (1995-1996)

HERNÁNDEZ GARCÍA. M: “99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal”. (Ob. Col) HERNÁNDEZ GARCÍA. M (Dir); BACH FABREGÓ. R; CAMARENA GRAU. S y otros. Consejo General del Poder Judicial. Manuales de formación continuada nº 51. 2009

HOYOS. A: “El Debido Proceso”. Edit. Temis. 1996

- IGLESIAS FERREIRÓS. A : “El proceso del Conde Bera y el problema de las Ordalias”
- KAPLAN. J: “The limits of the Exclusionary Rule” en *Stanford Law Review*, vol. 26, nº5. 1974
- LANGER. M: “La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo” en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Año I nº 01. 2015. Ed. Atlas S.A
- LAUDAN. L: “Truth, error and Criminal Law. An essay in legal epistemology” Cambridge Studies in Philosophy and Law. Cambridge University press. 2006.
- LESSONA. C “Teoría General de la Prueba en Derecho Civil o exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc..” Traducción de Enrique Aguilera de Paz. “Parte General, confesión e interrogatorio”. Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y publicaciones S.A. 1957.
- LEVI. R.E: “The Power to legislate: A reference guide to the United States Constitution”. Praeger Publisher. 2006.
- LÓPEZ-BARAJAS PERA. I: “La prueba ilícitamente obtenida y su eficacia refleja” en *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 708. 2006.
- LOPEZ-BARJA DE QUIROGA. J: “Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida” . Ed. Akal. 1989.
- “Instituciones de Derecho Procesal Penal”. Ed. Jurídica De Cuyo. 2001.
- LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ. T. “Las intervenciones telefónicas en el proceso penal”. Ed. Colex, 1999.
- LÓPEZ YAGÜES. V: “Problemas Actuales de la Justicia Penal. Secreto profesional, coop. Jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales” (Ob. Col) GONZÁLEZ-CUELLAR. N (Dir.), SANZ HERMIDA. A.M, ORTIZ PRADILLO. J.C (Coord.) Ed. Cóllex 2013.
- LORCA NAVARRETE A.M: “El Derecho Procesal como sistema de garantías” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVI nº 107. 2003.
- “Hacia la instauración del juez de garantías en el proceso penal español y la desaparición del juez instructor” en *Diario La Ley* nº 7158. 2009

- MACDOUGALL. D.V: “Exclusionary Rule and its alternatives- remedies for Constitutional violations in Canada and the United States” en *Journal of Criminal Law. & Criminology* 608, vol. 76, nº 3. 1985.
- MADRID – BOQUÍN. C.M: “La prueba prohibida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Luces y sombras del caso Zherdev C. Ucrania” en *Revista de Estudios Europeos*, nº extraordinario monográfico, nº 1. 2017
- MARANIELLO. P.A: “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional” en *Tla-Melaua, revista De ciencias sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México/ Nueva Época*, Año 6 No 32. 2012.
- MARCHENA GÓMEZ. M, GONZÁLEZ- CUÉLLAR SERRANO. N: “La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en 2015” Ediciones Jurídicas Castillo de Luna. 2015
- MARTÍ SÁNCHEZ. N: “La llamada “prueba ilícita” y sus consecuencias procesales” en *Actualidad Penal* nº 7. 1998
- MARTÍN DIZ. F: “Presunción de inocencia como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea” en *Rev. Europea de derechos fundamentales*, nº 18. 2011.
- MARTIN GARCIA. P: “Hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro. Prueba ilícita” en *TSJ y AP: Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales*. Ed. Aranzadi, 2000, Tomo V, Volumen V: Estudios e índices
- MARTÍNEZ DÍEZ. G. “La tortura judicial en la legislación histórica española” en *Anuario de Historia del de Derecho Español*, 1962.
- MARTÍNEZ GARCÍA. E: “Actos de investigación e ilicitud de la prueba”. Ed. Tirant lo Blanch. 2009
- MARTÍNEZ GARCÍA. E: “Eficacia de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal (a la luz de la STC 81/98 de 2 de abril)”. Universidad de Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch 2003
- MATHEUS LÓPEZ. C.A: “Sobre la Función y el objeto de la prueba” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, nº 55. 2002

- MINERO ALEJANDRE. G: “A vueltas con el “derecho al olvido”. Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital” en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* nº 30. 2014
- MIRANDA ESTAMPRES. M “La mínima actividad probatoria en el proceso penal” Ed. Bosch. 1997
- “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”. Ed. JM Bosch Editor. 1999.
 - “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación” en *Jueces para la Democracia* nº 47. 2003
 - “La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones” en *Revista Catalana de Seguritat Pública*. Mayo 2010
- MITTERMAIER J. C. A: “ Tratado de la prueba criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc” Imprenta de la Revista de Legislación 1877.
- MITRE FERNÁNDEZ. E: “Mentira frente a verdad en las disputas medievales entre católicos y heréticos” en *Ilu. Revista de Ciencia de las Religiones* nº 16. 2011.
- MONTERO AROCA. J: “La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. (Un estudio jurisprudencial)” Ed. Tirant lo Blanch. 1999.
- “La prueba en el proceso civil” Ed. Civitas. 2012
- MONTÓN REDONDO. A: “Medios de reproducción de la imagen y del sonido” en *La Prueba. Cuadernos de Derecho Judicial*, nº VII/2000. CGPJ
- MONTORO BALLESTEROS. A: “Conflicto Social, Derecho y Proceso” en *Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho* nº 20. Universidad de Murcia. 1993
- MORENO CATENA. V: “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal” en *Poder Judicial*. nº Especial II. 1987.
- “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal” en “Prueba y Proceso Penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado” (Ob. Col) GÓMEZ COLOMER. J.L (Coord) Ed. Tirant lo Blanch. 2008

- “La Prueba. Tomo II. La Prueba en el Proceso Penal”. (Ob. Col). GONZÁLEZ CANO. M^a. I (Dir.), ROMERO PRADAS. M^a.I (Coord). Ed. Tirant lo Blanch. 2017.
- MORENO RESANO. E: “Observaciones acerca del uso de las ordalías durante la Antigüedad Tardía (Siglos IV-VII d.C)” en *Cuadernos de Historia del Derecho* nº 21. 2014
- MOSQUERA BLANCO. A J: “La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de Febrero” en *INDRET* nº 3. 2018
- MUÑOZ CONDE. F: “Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal” en *Revista Penal de la Universidad de Huelva* nº 14. 2004.
- MUÑOZ SABATÉ. L: “Introducción a la probática”. Ed.J.M. Bosch, 2007.
- MUÑOZ Y ROMERO. T: “Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los Reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra” Tomo I. 1847
- NADAL GÓMEZ. I: “La intervención de las comunicaciones telefónicas” en *Tribunales de Justicia*, nº 11. 2002.
- OLIVER MAESTRE. S.J “Prueba, proceso civil y verdad, Derecho positivo, filosofía y lógica” en *Diario jurídico La Ley* nº 7128. 2009
- OLSON.T: “Of Enchantment: The Passing of the Ordeals and the Rise of Jury Trial” en *Syracuse Law Review*, 50. L. Rev 109. 2000
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ. G: “La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar o conocer datos” *La Ley*. 2000
- ORTIZ PRADILLO. J.M: “Problemas procesales de la ciberdelincuencia”. Ed. Colex. 2013
- PASTOR BORGÑOÑON. B: “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas” en *Rev. Justicia*, nº 2. 1986.
- PÉREZ GIL. J: “Documento informático y firma electrónica: aspectos probatorios” en “El comercio electrónico” (Ob. Col). ECHEBARRÍA SÁENZ. M (Coord); DOMÍNGUEZ LUELMO. A; CALVO CARAVACA. A.L: CARRASCOSA GONZÁLEZ. J y otros. Ed. Edisofer. 2001.

- “Normas procesales y sociedad de la infomación: entre el tecno-optimismo y los tecno-prejuicios” en *Derecho y Conocimiento: Anuario jurídico sobre la socienda de la información y del conocimiento*, nº 3. 2005.
- “ Entre los hechos y la prueba: reflexiones acerca de la adquisición probatoria en el proceso penal” en *Rev. Jurídica de Castilla y León*, nº 14, 2008.

PEYRANO. J. W: “sobre el activismo judicial” en *La Ley* nº 837. 2008.

PICÓ I JUNOY. J: “La protección del derecho a la prueba en el proceso penal” en *Revista Jurídica de Catalunya*. Vol. 92. nº 4. 1993.

- “El derecho a la prueba en el proceso civil”. Jose María Bosch editor, S.A. 1996.
- “El problema del efecto psicológico de la prueba prohibida” en *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho* nº 171. 2012
- “Nuevas perspectivas sobre la prueba ilícita” en “El nuevo Proceso Penal sin Código Procesal Penal” (Ob. Col). CASTILLEJO MANZANARES. R (Dir.). Ed. Atelier. 2019

PINTO PALACIOS. F y PUJOL CAPILLA. P: “La prueba en la era digital”. Ed. La Ley. 2017

PLANCHADELL GARGALLO. A: “La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial (Comentario a las sentencias que marcan el camino)”. Ed. Aranzadi, 2014.

PUIG FAURA. S: “La prueba pericial informática en el procedimiento civil”. Ed. La Ley. 2015

REHNQUIST. W. H: “The Supreme Court. How it was, how it is”. Ed. William Morrow. 1987.

RICHARD GONZÁLEZ. M: “La cadena de custodia en el proceso penal español” en *Diario La Ley* nº 8187. 2013,

RICHARD GONZÁLEZ. M: “Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las counicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido”. Ed. Wolters Kluwer. 2017.

- “Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la

- «lista falciani» para fundar una condena por delito fiscal” en *Diario La Ley* nº 8946. 2017
- “Valor como prueba de los mensajes y comunicaciones electrónicas en los procesos de familia” en “Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba”. (Ob. Col) PICÓ I JUNOY. J (Dir.); ABEL LLUCH. X (Dir.); MIRANDA VÁZQUEZ. C. D (Coord). Ed. J.B. Bosch. 2018.
- RODRÍGUEZ LAÍN. J.L: “Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. perspectiva doctrinal y jurisprudencial”. Ed. La Ley. 2001
- “GPS y balizas policiales” en *Diario La Ley*, nº 8416. 2014.
- RODRÍGUEZ SALÓN. R: “La prueba de los hechos, una discusión jurídica y epistemológica” en *Revista Semanal de Filosofía Práctica Dikaiosyne* nº 25. 2010.
- ROSENBERG. L: “Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo II”. Traducción de la 5ª edición de la obra alemana “Lehrbuch des deutschen zivilprozessrechts” C.H Beck’sche Verlagsbuchandlung. München und Berlin. 1951. Traducido por Ángela Romera Vera. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1955
- RUBIO ALAMILLO. J: “Conservación de la Cadena de Custodia de una evidencia informática” en *Diario la Ley* nº 8859. 2016
- RUIZ JARAMILLO, L.B: “El derecho a la prueba como un derecho fundamental” en *Estudios de Derecho*. Vol. 64 n.º 143. 2007.
- SACRISTÁN REPRESA. G: “Comentario al art. 384 LEC” en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. T II*. FERNÁNDEZ BALLESTEROS. M.A; RIFÁ SOLER. J. M; VALLS GOMBAU J. F (Coords). Ed. Atelier. 2000,
- SÁNCHEZ CARRIÓN. J.L: “La vertiente Juridicoconstitucional del Derecho a la prueba en el Ordenamiento Español” en *Revista de Derecho Político*, nº 42. 1997
- SÁNCHEZ GÓMEZ. A: “Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador” en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)* nº 9. 2016
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ. S: “La imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional” en *Teoría y Realidad Constitucional* nº 12/13. 2003

- SANJURJO RIOS. E: “El procedimiento probatorio en el ámbito del Juicio Verbal. Adaptado a la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial”. Ed. Reus. 2010.
- SANTOS MARTÍNEZ, A.M: “Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal”. Ed. Wolters Kluwer. 2017
- SAVATER. F, MARTÍNEZ-FRESNEDA. G “Teoría y presencia de la tortura en España” Ed. Anagrama 1982
- SCHWABE. J: “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes”. Konrad Adenauer Stiftung. 2009.
- SENTIS MELENDO. S: “La Prueba. Los grandes Temas del Derecho Probatorio” Ed. Jurídicas Europa-América. 1979.
- SHÖNKE. A: “Derecho Procesal Civil”. Trad. Prieto Castro. L y Cabrera Claver J.M. Ed. Bosch. 1950.
- SILVA ÁLVAREZ. O: “Algunos comentarios sobre la relación entre el poder político y el Derecho Procesal” en *Revista de Derechos Fundamentales* nº2. 2008.
- TARDE. G: “La Criminalité Comparée”. Paris: Librairie Félix Alcan. 1924.
- TARUFFO. M: “Studi sulla rilevanza della prova”. Ed. Cedam, Padova. 1970.
- “Il diritto alla prova nel processo civile” en *riv. Diritto processuale civile* nº 1 1984.
 - “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad” en *Revista Prueba y Conocimiento* nº 3. 2003.
 - “Investigación judicial y producción de prueba por las partes” en *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. XV n.º 2. 2003.
 - “El proceso civil de "civil law": Aspectos fundamentales” en *Revista Ius et Praxis*, nº 12 (1). 2006.
 - “Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos” traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Ed. Marcial Pons. 2010.
- TEJADA DE LA FUENTE. E: “La conservación de datos informáticos con fines de investigación criminal; requisitos y condiciones para su incorporación al proceso penal” en “Investigación Tecnológica y derechos fundamentales. Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015”. (Ob. Col) ZARAGOZA

- TEJADA. J.J (Coord.) BERMÚDEZ GONZÁLES. J.A; GARCÍA MARCOS. J . Y otros. Ed. Thomson Reuters. Aranzadi. 2017
- THAMAN. S.C “Exclusionary Rules in Comparative Law, Ed. Springer. 2013
- TIEDEMANN. K: “Constitución y Derecho Penal”. Trad. ARROYO ZAPATERO, L. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 11, nº 33. 1991
- TOMÉ GARCÍA. J.A: “Fase Decisoria (II) La Prueba” en “Derecho Procesal Penal” (Ob. Col), DE LA OLIVA SANTOS. A, ARAGONESES MARTÍNEZ. S y otros. Ed. Universitaria Ramón Areces. 2007.
- TOMKOVICZ. J.J: “Constitutional Exclusion: The Rules, rights, and remedies that strike the balance between freedom and order”. Oxford University Press. 2011.
- TORÍO LÓPEZ. A: “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes” en *Poder Judicial*, n.º 4 . 1986.
- UREÑA CARAZO. B: “Derechos Fundamentales Procesales” Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2014
- VALDEAVELLANO. L. (Coord), PÉREZ-BUSTAMENTE. R (Ob. Col): “Fuero de León comentado”. Hullera Vasco-Leonesa edición numerada, ejemplar n.º 94. en *Seminario de Historia Medieval de España*, 1983
- VELASCO NÚÑEZ. E.: “Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España) en *Revista General del Derecho*, nº 624. 1996
- VELASCO NÚÑEZ. E: “Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal”. Ed. Sepín. 2016.
- VIVES ANTÓN. T: “Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los frutos del árbol emponzoñado” en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº2. 2002
- WAGNER. W: “Las cinco etapas del desarrollo de la legislación europea expuestas a la luz del ejemplo de Dinamarca” en *Revista de Estudios Histórico-jurídicos* n.º 10. 1985.

CAPÍTULO VIII- WEBGRAFÍA

ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE PERITOS INFORMÁTICOS (ASPEI): Proyecto Konfía.

<https://www.aspei.es/proyectos/proyecto-konfia>

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER. S: “Los descubrimientos causales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)” en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje. Riedpa.com* nº 2. 2011.

<http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA21101.pdf>.

AMBOS. K: “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán- fundamentación teórica y sistematización” en *Política Criminal*, vol. 4, nº 7. 2009.

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992009000100001>

ARMENTA DEU. T: “Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal” en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre*, vol. 1, nº 1, 2015.

<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.7>

ASENCIO MELLADO. JM: “La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita”

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110507_02.pdf.

AVILA. SIMAO: “Erosion of the Exclusionary Rule Fourth Amendment” en *Santa Clara Law. Vol.22* nº 4 Rev. 1027. 1982

<http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol22/iss4/2>.

BIELLI. G. E: “Terceros de confianza y certificación de prueba electrónica. Una nueva frontera en materia de probática” en *Diario La Ley*. 2019.

<https://iadpi.com.ar/index.php/2019/06/03/terceros-de-confianza-y-certificacion-de-prueba-electronica>

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA: <https://bib.us.es>

BROWN, DARRYL K : “*The Warren Court, Criminal Procedure Reform, and Retributive Punishment*” 59 Wash. & LeeL. Rev. 1411 (2002),

<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol59/iss4/10>

CORTES DE CADIZ: “Colección de los Decretos y Ordenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de

1810 hasta igual fecha de 1811” . Imprenta real 1811. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. 2005.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbr8p4>

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS: Caselaw

<https://www.supremecourt.gov/>

DE LA TORRE RODRÍGUEZ. P: “¿Cuándo es obligatorio aportar un dictamen pericial para aportar como prueba una comunicación electrónica?”.

<https://elderecho.com/cuando-obligatorio-aportar-dictamen-pericial-aportar-prueba-una-comunicacion-electronica>.

DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS: “*Electronic Crime Scene investigation: A guide for First Responders*”

<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/219941.pdf>

DOUGLAS C: “El sistema procesal penal de Estados Unidos”

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1655/10.pdf>

DUKE. S: “*Making Leon Worse*” (1986). *Faculty Scholarship Series.Paper 816*.

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/816

FINDLAW: Buscador de jurisprudencia de EEUU

<https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>)

GIMENO SENDRA. V: “La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas” en *Notario del Siglo XXI*. Nº 39. Septiembre-octubre 2011.

<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-39/697-la-intervencion-de-las-comunicaciones-telefonicas-y-electronicas-0-2863723191305737>

GUIDO. C: “*The Exclusionary Rule*” (2003). *Faculty Scholarship Series.Paper 2021*.

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2021

HERNÁNDEZ VILLARREAL. G. “Los fines del proceso civil desde la perspectiva del Garantismo procesal” en *escritos sobre diversos temas de derecho procesal*

<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/36gabriel-hernandez-villareal.pdf>

INSTITUTO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD: “Guía de toma de evidencias en entornos Windows”.

<http://www.incibe.es>

- KAINEN. J.L: “Impeachment Exception to the Exclusionary Rule: Policies, Principles, and Politics, The” en *44Stan. L. Rev.*1301 (1991-1992)
http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/243
- MCDONALD. M.W: “The Good Faith Exception to the Exclusionary Rule: United States v. Leon and Massachusetts v. Sheppard,” *Rev.*609 (1986),
<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol27/iss3/5>
- MCFADDEN. P.M :”The Balancing Test”, en *Boston College Law Review*. *29B.C.L. Rev.*585 (1988)
<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol29/iss3/2>.
- MACON. E.M: “Nix v. Williams: The Inevitable Discovery Exception to the Exclusionary Rule” *19U. Rich. L. Rev.*353 (1985).
<http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol19/iss2/9>
- PÉREZ PALACÍ, J.E: “La prueba electrónica: Consideraciones”.
<http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/39084/1/PruebaElectronica2014.pdf>
- RIVAS LÓPEZ. J.L :“Análisis Forense en los Sistemas Informáticos” (Ob. Col) RIFÁ POUS. H (Coord.); SERRA RUIZ. J (Coord.):
<http://jlrivas.webs.uvigo.es/downloads/publicaciones/Analisis%20forense%20de%20sistemas%20informaticos>
- SCHULHOFER STEPHEN. J: “*The Constitution and the Police: Individual Rights and Law Enforcement*”, *66 Wash. U. L. Q.* 11 (1988).
http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol66/iss1/3
- SERRA DOMÍNGUEZ. M. “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” Tomo XVI, Vol 2º: Artículos 1214 a 1253 del Código Civil .(Ob. Col). ALBALADEJO. M. (Dir), DÍEZ ALABART. S.
<https://app.vlex.com/#ES.CRACYL/sources/511>.
- TOCQUEVILLE. A: “La Democracia en América”.
<https://mrcalicante.files.wordpress.com/2014/12/tocqueville-alexis-de-la-democracia-en-america.pdf>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA: Buscador de jurisprudencia

<https://www.tribunalconstitucional.es>)

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA: Buscador de jurisprudencia

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/>)

CAPÍTULO VII- ANEXO JURISPRUDENCIAL

Breve nota explicativa acerca de la elaboración del apéndice jurisprudencial.

En primer lugar el anexo se divide en tres partes:

- 1- Relativa a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la que se incluyen dos sentencias inglesas, debido a su importancia histórica y a su influencia en la Exclusionary Rule norteamericana y otras tres explicativas del fundamento de la regla de exclusión en Inglaterra.
- 2- Una segunda parte en la que, por una parte, se exponen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, por otra, sentencias destacadas de otros Tribunales de países europeos.
- 3- Por último se incluyen las sentencias más destacadas de los Tribunales de nuestro país. A su vez dentro de esa parte se dividen las sentencias en función de los Tribunales originadores de las mismas.

En segundo lugar en la elaboración de este anexo se han seguido dos criterios utilizados al unísono: El cronológico, para mejor comprensión del lector sobre la evolución de los criterios seguidos por los Tribunales, tanto estadounidenses como españoles y el material, que refuerza el entendimiento de la doctrina de dichos Tribunales.

I- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

1- SENTENCIAS INFLUYENTES DE LA JURISPRUDENCIA INGLESA

<i>Wilkes vs. Wood 98 ER 489 (1763)</i>	<i>Inspiradora de la Cuarta Enmienda de los EEUU</i>
<i>Entick vs. Carrington 95 ER 807 (1765)</i>	<i>Inspiradora de la Quinta Enmienda de los EEUU</i>
<i>R. v Trump, 70 Cr. App. Rep.300 (C.A), (1979)</i>	<i>Admisión del deterrent effect como fundamento de la regla de exclusión</i>
<i>Fox v. Chief o Gwent, 2, A11 ER 392 HL(1985),</i>	<i>Admisión del deterrent effect como fundamento de la regla de exclusión</i>
<i>R. v. Mason,, 3A11 E.R, 481 (1987)</i>	<i>Admisión del deterrent effect como fundamento de la regla de exclusión</i>

2- SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA FEDERAL RELATIVA A LA EXCLUSIONARY RULE

<i>Boyd vs. United States 116 U.S 616 (1886)</i>	<i>Se aplica por primera vez la Exclusionary Rule sobre la base de la interpretación conjunta de la Cuarta y de la Quinta Enmienda</i>
<i>Weeks vs. US 232 U.S. 383 (1914)</i>	<i>Referente histórico de la aplicabilidad de la Exclusionary Rule en la interpretación de la Cuarta Enmienda</i>

<i>Siverthorne Lumber Co. vs. United States</i> 251 U.S. 385 (1920)	Origen “ <i>the fruit orf the taint of the poisonous tree doctrine</i> ”
<i>Byars v.s US</i> 273 U.S. 28 (1927).	Se desarrolla la cooperation doctrine, que permite aplicar la regla de exclusión siempre que participe un agente Federal.
<i>Gambino v.s U.S</i> 275 U.S. 310, (1927)	Se desarrolla la cooperation doctrine, que permite aplicar la regla de exclusión siempre que participe un agente Federal.
<i>Olmstead vs. Us</i> 277 U.S 438 (1928)	Opinión disidente del Juez Holmes
<i>Powel vs Alabama</i> 287 U.S 45, (1932)	Se establece la necesidad de que el detenido cuente siempre con un abogado
<i>Nardone vs United States</i> 308 U.S 338 (1939)	Se utiliza por primera vez la expresión <i>the fruit or the taint of the poisonous tree doctrina</i>
<i>Lusting vs United States</i> 338 U.S 74 (1949)	Se crea la <i>Silver platte doctrine</i>
<i>Wolf vs People of State of Colorado</i> 338 U.S 25 (1949)	Se decide que la Cuarta Enmienda no es de aplicación a los Estados y por lo tanto no se obliga a que apliquen la regla de exclusión
<i>Rochín vs People of California</i> 347 U.S 128 (1952)	Se crea la <i>shock-the-conciencie doctrine</i>
<i>Irvine vs California</i> 347 U.S 128 (1954)	No se aplica la regla de exclusión ni la <i>sock-the conciencie doctrine</i>
<i>Walder vs. Estados Unidos</i> 347 U.S 62 (1954)	Se aplica por primera vez la <i>impeachment exception (excepción de tacha)</i>
<i>Breipthaupt vs Abram</i> 352 U.S 432 (1957)	No se aplica la regla de exclusión ni la <i>sock-the conciencie doctrine</i>

<i>Elkins vs US 364 U.S 206 (1960)</i>	<i>Se abandona la Silver platte doctrine</i>
<i>Mapp vs Ohio 365 U.S 643 (1961)</i>	<i>Se aplica la regla de exclusión a los Estados sobre la base de la interpretación de la Decimocuarta Enmienda</i>
<i>Wong Sun vs United States 371 U.S 471 (1963)</i>	<i>Se crea la excepción de la fuente independiente</i>
<i>Escobedo vs Illinois 378 U.S 478 (1964)</i>	<i>Se anula la condena al realizar el interrogatorio sin abogado</i>
<i>Malloy v s Hogan 378 U.S 1 (1964)</i>	<i>Se amplía el derecho a no declarar contra sí mismo</i>
<i>One Plymouth Sedan vs Pennsylvania 380 U.S 693 (1965)</i>	<i>Se aplica la Exclusionary Rule a un procedimiento civil</i>
<i>Schmerber vs California 384 U.S 757 (1966)</i>	<i>No se aplica la regla de exclusión ni la sock-the conciencia doctrine</i>
<i>Miranda vs Arizona 385 U.S 436 (1966)</i>	<i>Se crea la “advertencia Miranda” de obligatoria lectura antes de proceder al interrogatorio de un detenido</i>
<i>Chapman v. California (386 U.S 18, 1967)</i>	<i>Se establece la excepción del error inocuo (Harmless error exception)</i>
<i>U.S vs. Wade (388 U.S. 218, 1967)</i>	<i>Se extiende la doctrina del fruto del árbol envenenado a la Sexta Enmienda</i>
<i>Harrison vs U.S 329 U.S 219 (1968)</i>	<i>Se aplica la doctrina tain o fruit of poisonous tree doctrine</i>
<i>Alderman vs United States 394 U.S 165 (1969)</i>	<i>Se rechaza aplicar la regla de exclusión porque los reclamantes carecen de legitimidad</i>

<i>Bivens vs Six Unknown Fed Narcotics Agents</i> 403 U.S 388 416 (1971)	<i>Se recomienda al Congreso buscar alternativas a la regla de exclusión</i>
<i>Coolidge vs. New Hampshire</i> 403 U.S 443, (1971)	<i>Los jueces disidentes Blackmun y Black consideraron que la Cuarta Enmienda no respalda a la regla de exclusión</i>
<i>Argensinger vs Hamlin</i> 407 U.S 25 (1972)	<i>Se amplió el derecho de los acusados a que estén representados por un abogado en delitos menores</i>
<i>Scneckloth vs. Bustamonte</i> 412 U.S. 218, 261 (1973)	<i>El juez Powel se manifiesta en contra de la regla de exclusión</i>
<i>United States vs, Calandra</i> 414 U.S 338 (1974)	<i>Se desconstitucionaliza la regla de exclusión, se niega su aplicación con el argumento del balancing test</i>
<i>Brown vs Illinois</i> 422 vs 590 (1975)	<i>Se rechaza la aplicación de la excepción de la fuente independiente</i>
<i>Stone vs Powel</i> 428 U.s 465 (1976)	<i>No se aplica la regla de exclusión por aplicación del balancing test</i>
<i>United States vs Janis</i> 428 U.S 433 (1976)	<i>Se prohíbe la aplicación de la regla de exclusión a los procedimientos civiles</i>
<i>Rakas vs Illinois</i> 434 U.S 128 (1978)	<i>Se rechaza aplicar la regla de exclusión porque los reclamantes carecen de legitimidad</i>
<i>United States vs Ceccolini</i> 434 U.S 268 (1978)	<i>Se rechaza aplicar la regla de exclusión porque el acusado colaboró en la obtención de las pruebas ilegales</i>

<i>Dunaway vs New York 442 U.S 200 (1979)</i>	<i>Se rechaza aplicar la regla de exclusión porque el acusado colaboró en la obtención de las pruebas ilegales. Sea aplica la excepción de la conexión atenuada</i>
<i>Smith vs. Maryland 442 U.S 735 (1979)</i>	<i>No se requiere orden judicial para analizar llamadas telefónicas</i>
<i>California vs. Minjares (443 U.S 916, 1979)</i>	<i>Los jueces Rehnquist y Burguer cuestionan la regla de exclusión</i>
<i>United States vs Salvucci 448 U.S 583 (1980)</i>	<i>Se rechaza aplicar la regla de exclusión porque los reclamantes carecen de legitimidad</i>
<i>United States vs Payner 447 U.S 727 (1980)</i>	<i>Se rechaza aplicar la regla de exclusión porque los reclamantes carecen de legitimidad</i>
<i>United States vs Havens 446 U.S 620 (1980)</i>	<i>Se rechaza aplicar la regla de exclusión porque el acusado colaboró en la obtención de las pruebas ilegales</i>
<i>United States vs Place 462 U.S 696 (1983)</i>	<i>No se considera registro el olfateo de los perros sobre el equipaje</i>
<i>Illinois vs. Gates 462 U.S 213 (1983)</i>	<i>Precursor de la excepción de la Buena Fe</i>
<i>Segura vs. United States 468 U.S 796 (1984)</i>	<i>Se aplica la excepción de la fuente independiente</i>
<i>Nix vs Williams 467 U.S 431 (1984)</i>	<i>Se crea la excepción del descubrimiento inevitable</i>
<i>United States vs León 468 U.S 897 (1984)</i>	<i>Se crea la excepción de la Buena Fe</i>
<i>Massachussets vs Sheppard 468 U.S 981 (1984)</i>	<i>Sea aplica la excepción de la Buena Fe</i>

<i>INS vs Mendoza 468 U.S 1032 (1984)</i>	<i>Se prohíbe la aplicación de la regla de excepción a los procedimientos civiles</i>
<i>New Jersey vs T.L.O 469 U.S 325 (1985)</i>	<i>No se considera registro el olfateo de los perros en las taquillas de los estudiantes</i>
<i>Oregón vs. Elstadt 470 U.S. 298 (1985)</i>	<i>La Corte Suprema diferencia entre las violaciones sufridas en la Cuarta Enmienda y las de la Quinta Enmienda</i>
<i>Malley vs. Briggs 475 U.S 335 (1986)</i>	<i>Aplica la excepción de la Buena Fe a autorizaciones judiciales defectuosas</i>
<i>Illinois vs. Krull 480 U.S 340 (1987)</i>	<i>Se amplió la excepción de la Buena Fe</i>
<i>California vs. Greenwood 486 U.S 35 (1988)</i>	<i>Se permite el registro de la basura sin ser autorizada por una orden judicial</i>
<i>Murray vs. United States 487 U.S 533 (1988)</i>	<i>Se aplica la excepción del descubrimiento inevitable en un caso de tráfico de drogas</i>
<i>Florida vs. Riley 488 U.S 445 (1989)</i>	<i>No se considera registro el sobrevuelo de los helicópteros policiales sobre las casas</i>
<i>James vs. Illinois (493 U.S. 307, 1990)</i>	<i>Se limitó la impeachment exception al testimonio del acusado, excluyendo su aplicación al de los testigos</i>
<i>Illinois vs. Rodríguez 497 U.S 177 (1990)</i>	<i>Se amplió la excepción de la Buena Fe a los supuestos en los que el registro se realice con el consentimiento del acusado</i>

<i>California vs. Acevedo</i> 500 U.S 565(1991)	<i>No se necesita orden judicial para registrar coches</i>
<i>Arizona vs. Fulminante</i> 499 U.S 279 (1991)	<i>Se establecieron criterios para la aplicación de la Harmless error exception</i>
<i>California vs. Hodari D.</i> 499 U.S 621 (1991)	<i>Se da un concepto restrictivo al término detención</i>
<i>Florida vs. Bostick</i> 501 U.S 429 (1991)	<i>Se da un concepto restrictivo al término detención</i>
<i>Wilson vs. Arkansas</i> 514 U.S 927 (1995)	<i>Se establecieron restricciones a la obligación de la policía de llamar y avisar antes de proceder a una entrada y registro</i>
<i>Arizona vs. Evans</i> 514 U.S 1 (1995)	<i>Se aplica la excepción de la Buena Fe a autorizaciones judiciales defectuosas</i>
<i>Richard vs. Winsconsin</i> 520 U.S 385 (1997)	<i>Se establecieron restricciones a la obligación de la policía de llamar y avisar antes de proceder a una entrada y registro</i>
<i>United States vs. Ramírez</i> 523 U.S 65 (1998)	<i>Se establecieron restricciones a la obligación de la policía de llamar y avisar antes de proceder a una entrada y registro</i>
<i>Dickerson vs United States</i> 530 U.S 438 (2000)	<i>Confirma los derechos Miranda y se deroga una ley que permitía anularlos</i>

<i>United States vs. Banks 540 U.S 31 (2003)</i>	<i>Se establecieron restricciones a la obligación de la policía de llamar y avisar antes de proceder a una entrada y registro y se estableció un tiempo razonable de quince o veinte segundos antes de proceder a la entrada</i>
<i>United States vs. Pantane 542 U.S. 630 (2004)</i>	<i>Se admiten las pruebas materiales obtenidas después de unas declaraciones realizadas sin respetar la regla Miranda</i>
<i>Hudson vs. Michigan 547 U.S 586 (2006)</i>	<i>No se aplica la regla de exclusión a las pruebas obtenidas en un registro cuya entrada se realizó sin esperar el tiempo necesario marcado por la ley</i>
<i>United States vs. Grubbs 547 U.S 90 (2006)</i>	<i>Se admiten las pruebas obtenidas en un registro sin que existiera causa probable para justificar esa medida</i>
<i>Brigham City vs. Stuart 547 U.S 398 (2006)</i>	<i>Se permite la entrada y registro sin que exista una orden judicial cuando la urgencia lo requiera</i>
<i>Virginia vs. Moore 553 U.S 164 (2008)</i>	<i>No se excluyen las pruebas a registros derivados de arrestos ilegales sobre la base de la existencia de causa probable</i>
<i>Herring vs. United States 555 U.S 135 (2009)</i>	<i>Se admiten las pruebas derivadas de una detención basada en una orden errónea</i>

<p><i>Berghuis, Warden vs. Thompkins</i> 560 U.S 370 (2010)</p>	<p><i>Se exige a los sospechosos a invocar verbal y claramente su derecho a guardar silencio reconocido en la Quinta Enmienda. En caso contrario sus declaraciones voluntarias posteriores pueden ser utilizadas en juicio</i></p>
<p><i>Davis vs, United States</i> 131 S.Ct.2419</p>	<p><i>No se aplica la regla de exclusión a registros derivados de arrestos ilegales sobre la base de que si los agentes de policía consideran que existe causa probable de que un individuo ha cometido un delito pueden proceder al arresto y posterior registro sin violar la Cuarta Enmienda.</i></p>
<p><i>Utah vs. Strieff</i> 579 U.S_(2016)</p>	<p><i>Se aplica la excepción de la conexión atenuada</i></p>

3- JURISPRUDENCIA DE OTROS TRIBUNALES DE ESTADOS UNIDOS RELATIVA A LA EXCLUSIONARY RULE

<p>Corte de Apelaciones penales del Estado de Texas: <i>Michael Fred Wehrenberg vs. The State of Texas</i> NOS. PD-1702-12, PD-1703-12 (2013).</p>	<p><i>Se aplica la excepción de la fuente independiente y se distingue entre esta excepción y la del descubrimiento inevitable.</i></p>
<p>Corte Suprema del Estado de Washington: <i>State of Washington vs. Ray Leny Betancourth</i>. 9428-1 (2018).</p>	<p><i>Se aplica la excepción de la fuente independiente siempre y cuando la prueba derivada lícita se haya obtenido posteriormente a la ilícita</i></p>

Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito: <i>Sumer vs. United States</i> 138 F.2d 790 (2d.Cir. 1943)	<i>Se aplica la excepción del descubrimiento inevitable</i>
Corte Suprema del Estado de Florida: <i>Miguel Rodríguez vs. State of Florida</i> No. SC14-160 (2015)	<i>No se aplica la excepción del descubrimiento inevitable</i>
Corte de Apelaciones para el Cuarto Circuito: <i>United States v. Allen</i> , 159 F.3d 832, 834 (4th Cir. 1998)	<i>No se aplica la excepción del descubrimiento inevitable</i>

4- SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA FEDERAL RELATIVAS A CUESTIONES PROCESALES, POLÍTICAS Y SOCIALES

<i>Mac Nabbis vs. U.S</i> 318 U.S 332, 343 (1943)	<i>Argumentación de la división del proceso criminal en diferentes partes y por lo tanto en diferentes responsables</i>
<i>Gerstein vs. Pugh</i> 420 U.S 103 (1975)	<i>Se crea el Control Gerstein mediante el cual el juez determina si hay o no causa probable en el delito que se imputa</i>
<i>Waythe vs. US</i> 470 U.S 598 (1985)	<i>Facultades del fiscal en la decisión de enjuiciar o no a un acusado y qué cargos presentar ante el Gran Jurado</i>

<i>Brown vs. Board of Education</i> 347 U.S 483 (1954)	<i>Se termina con la segregación racial en las escuelas</i>
--	---

<i>Barenblatt v. United States</i> 360 U.S. 109 (1959)	<i>Se utiliza el Balancing test en el ámbito de la Primera Enmienda</i>
<i>Scales v. United States</i> 367 U.S. 203 (1961)	<i>Se utiliza el Balancing test en el ámbito de la Primera Enmienda</i>
<i>Lathrop v. Donohue</i> 367 U.S 820 (1961),	<i>Se utiliza el Balancing test en el ámbito de la Primera Enmienda</i>
<i>Reynolds vs. Sims</i> 277 U.S 533 (1964)	<i>Se consigue la redistribución de votos en los Estados</i>
<i>Murr vs Wisconsin</i> 582 US- (2017)	<i>La Corte Suprema utiliza el Balancing test para resolver un asunto relativo a la propiedad privada</i>

II- JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y DE TRIBUNALES DE PAISES EUROPEOS

1- SENTENCIAS DEL TEDH RELATIVAS A LA TORTURA

<i>Martínez Salas vs Reino de España (2 de noviembre de 2004)</i>
<i>Iribarren Pinillos vs Reino de España (8 de enero de 2009)</i>
<i>Mikel San Argimiro Isasa vs Reino de España (28 de septiembre de 2010)</i>
<i>Aritz Beristai Ukar vs Reino de España (8 de marzo de 2011)</i>
<i>B.C vs Reino de España (24 de julio de 2012)</i>
<i>Otamendi Egiguren vs Reino de España (16 de octubre de 2012)</i>
<i>Ataún Rojo vs Reino de España (7 de octubre de 2014)</i>
<i>Etxebarría Caballero vs Reino de España (7 de octubre de 2014)</i>
<i>Arratibel Garciandia vs Reino de España (5 de mayo de 2015)</i>
<i>Beortegui Martínez vs Reino de España (31 de mayo de 2016)</i>

2- SENTENCIAS RELATIVAS A LA PRUEBA ELECTRÓNICA

<p><i>Valenzuela Contreras vs Reino de España (30 de julio de 1998)</i></p>	<p><i>El TEDH considera que España no tiene una regulación “de calidad” referente a las intervenciones telefónicas</i></p>
<p><i>Malone vs. The United Kingdom (27 de octubre de 1983)</i></p>	<p><i>El TEDH exige que la ley interna de cada Estado que regule las intervenciones de las comunicaciones sea una “ley de calidad” para que el ciudadano pueda ajustar su conducta a ella y preveer, razonablemente, las consecuencias de su incumplimiento</i></p>
<p><i>The Sunday Times vs. The United Kingdom (26 de abril de 1979)</i></p>	<p><i>El TEDH exige que la ley interna de cada Estado que regule las intervenciones de las comunicaciones sea una “ley de calidad” para que el ciudadano pueda ajustar su conducta a ella y preveer, razonablemente, las consecuencias de su incumplimiento</i></p>
<p><i>Silver y otros vs. The United Kingdom (25 de marzo de 1983)</i></p>	<p><i>El TEDH exige que la ley interna de cada Estado que regule las intervenciones de las comunicaciones sea una “ley de calidad” para que el ciudadano pueda ajustar su conducta a ella y preveer, razonablemente, las consecuencias de su incumplimiento</i></p>
<p><i>STEDH caso Huvig vs. Francia, de 24 de abril de 1990</i></p>	<p><i>El TEDH exige que la ley interna de cada Estado que regule las intervenciones de las comunicaciones sea una Ley de “singular precisión”</i></p>

3- SENTENCIAS RELATIVAS A LA PRUEBA PRECONSTITUÍDA

<i>STEDH caso Ganis vs. Reino de España, de 19 de febrero de 2013</i>	<i>Las diligencias de instrucción no violan el art. 6.1 y 6.3 d) del CEDH si se respetan los derechos de defensa</i>
<i>STEDH caso Luca vs. Italia, de 27 de febrero de 2001</i>	<i>Se produce violación del art. 6.1 y 6.3 d) cuando la condena se ha basado en las declaraciones de alguien que no ha podido ser interrogado por la defensa ni en la fase de instrucción ni en el juicio oral</i>

4- SENTENCIAS DE OTROS PAÍSES EUROPEOS

<i><u>Tribunal Supremo Federal Alemán.</u> BGHS 14, 358, 365 (14 de junio de 1960)</i>	<i>Búsqueda de la verdad material</i>
<i><u>Tribunal Constitucional Alemán</u> I BvL 14/76 (21 de junio de 1976)</i>	<i>Torturas</i>

III- JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES ESPAÑOLES

1- JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA VERDAD FORMAL/MATERIAL

1.1- Tribunal Supremo

<i>STS 291/1991 de 5 de junio</i>
<i>STS 1504/2003 de 25 de febrero</i>
<i>STS 83/2005 de 2 de marzo</i>
<i>STS 482/2012 de 5 de junio</i>
<i>STS 749/2012 de 4 de diciembre</i>
<i>STS 1007/2012 de 21 de diciembre</i>
<i>STS 382/2013 de 31 de mayo</i>
<i>STS 442/2014 de 3 de febrero</i>
<i>STS 409/2015 de 17 de julio</i>
<i>STS 83/2015 de 2 de marzo</i>

<i>STS 321/2015 de 20 de mayo</i>
<i>STS 869/2015 de 28 de diciembre</i>
<i>STS 75/2016 de 10 de febrero</i>

1.2- Tribunales Superiores de Justicia

<i>STSJ de Galicia 3586/2016 de 6 de junio</i>
<i>STSJ de Cantabria 550/2016 de 7 de junio</i>

2- JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA TORTURA

2.1- Tribunal Constitucional

<i>STC 224/2007 de 22 de octubre</i>
<i>STC 34/2008 de 25 de febrero</i>
<i>STC 52/2008 de 14 de abril</i>
<i>STC 69/2008 de 23 de junio</i>

<i>STC 107/2008 de 22 de septiembre</i>
<i>STC 123/2008 de 20 de octubre</i>
<i>STC 131/2012 de 9 de septiembre</i>
<i>STC 12/2013 de 28 de enero</i>
<i>STC 153/2013 de 9 de septiembre</i>

2.2- Tribunal Supremo

<i>STS 2151/2012 de 27 de marzo</i>
<i>STS 1096/2014 de 26 de febrero</i>

3- JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA CONFESIÓN

3.1-Tribunal Constitucional

<i>STC 86/1995 de 6 de junio</i>
<i>STC 161/1999 de 27 de septiembre</i>

<i>STC 8/2000 de 17 de enero</i>
<i>STC 155/2002 de 22 de julio</i>
<i>STC 187/2003 de 27 de septiembre</i>
<i>STC 68/2010 de 18 de octubre</i>
<i>STC 53/2013 de 28 de febrero</i>
<i>STC 164/2014 de 8 de octubre</i>

3.2- Tribunal Supremo

<i>STS 595/95 de 26 de abril</i>
<i>STS 2012/2000 de 26 de diciembre</i>
<i>STS 550/2001 de 3 de abril</i>
<i>STS 676/2001 de 24 de abril</i>
<i>STS 998/2002 de 3 de junio</i>

<i>STS 498/2003 de 24 de abril</i>
<i>Acuerdo no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 28 de noviembre de 2006</i>
<i>STS 2442/2015 de 14 de mayo</i>

4- JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA PRUEBA PRECONSTITUIDA Y A LA PRUEBA ANTICIPADA

4.1- Tribunal Constitucional

<i>STC 31/1981, de 28 de julio</i>	<i>Realiza una interpretación rígida del art. 741 de la LECrim. Sólo se pueden valorar por el Tribunal las pruebas practicadas en el acto del juicio oral</i>
<i>STC 62/1985, de 10 de mayo</i>	<i>Reconoce la posibilidad de la realización de la prueba anticipada cuando ésta no pueda practicarse en el juicio</i>
<i>STC 145/1985, de 28 de octubre</i>	<i>Reconoce que las pruebas sobre las que tiene que entrar a valorar el Tribunal son las que “normalmente” se practican en el acto del juicio</i>
<i>STC 80/1986, de 17 de junio</i>	<i>Se admiten excepciones a la regla general de que las pruebas se deben practicar en el acto del juicio oral dando valor probatorio a las diligencias sumariales de investigación</i>

<i>STC 150/1987, de 1 de octubre</i>	<i>Se admiten excepciones a la regla general de que las pruebas se deben practicar en el acto del juicio oral dando valor probatorio a las diligencias sumariales de investigación</i>
<i>STC 137/1988, de 7 de julio</i>	<i>Justifica la existencia de la prueba preconstituida y de la prueba anticipada en la búsqueda de la verdad material</i>
<i>STC 150/1989, de 25 de septiembre</i>	<i>Se admiten excepciones a la regla general de que las pruebas se deben practicar en el acto del juicio oral</i>
<i>STC 217/1989, de 21 de diciembre</i>	<i>Se admiten excepciones a la regla general de que las pruebas se deben practicar en el acto del juicio oral</i>
<i>STC 3/1990, de 15 de enero</i>	<i>Se considera a las diligencias referidas al test de alcoholemia como simples denuncias</i>
<i>STC 161/1990, de 19 de octubre</i>	<i>Solo se pueden valorar las pruebas que han sido practicadas en el acto del juicio oral</i>
<i>STC 10/1992, de 16 de enero</i>	<i>Se admiten excepciones a la regla general de que las pruebas se deben practicar en el acto del juicio oral dando valor probatorio a las diligencias sumariales de investigación</i>
<i>STC 303/1993, de 25 de octubre</i>	<i>Se establecen los requisitos para que la prueba preconstituida y la prueba anticipada puedan ser valoradas.</i>

<i>STC 36/1995, de 6 de febrero</i>	<i>Se establecen los requisitos para que la prueba preconstituida y la prueba anticipada puedan ser valoradas</i>
<i>STC 200/1996, de 3 de diciembre</i>	<i>Se establecen los requisitos para que la prueba preconstituida y la prueba anticipada puedan ser valoradas</i>
<i>STC 40/1997, de 27 de febrero</i>	<i>Se establecen los requisitos para que la prueba preconstituida y la prueba anticipada puedan ser valoradas</i>
<i>STC 97/1999, de 31 de mayo</i>	<i>Se establecen los requisitos para que la prueba preconstituida y la prueba anticipada puedan ser valoradas</i>
<i>STC 111/1999, de 14 de junio</i>	<i>Considera que el test de alcoholemia es una prueba preconstituida</i>
<i>STC 155/2002, de 22 de julio</i>	<i>Solo se pueden valorar las pruebas que han sido practicadas en el acto del juicio oral</i>
<i>STC 167/2002, de 18 de septiembre</i>	<i>Solo se pueden valorar las pruebas que han sido practicadas en el acto del juicio oral</i>
<i>STC 188/2002, de 14 de octubre</i>	<i>Solo se pueden valorar las pruebas que han sido practicadas en el acto del juicio oral</i>
<i>STC 187/2003, de 27 de octubre</i>	<i>Se admiten excepciones a la regla general de que las pruebas se deben practicar en el acto del juicio oral dando valor probatorio a las diligencias sumariales de investigación</i>

<i>STC 345/2006, de 11 de diciembre</i>	<i>Se admiten excepciones a la regla general de que las pruebas se deben practicar en el acto del juicio oral dando valor probatorio a las diligencias sumariales de investigación</i>
---	--

4.2- Tribunal Supremo

<i>STS 2184/2001, de 23 de noviembre</i>	<i>Recoge los requisitos acuñados por el TC para que la prueba preconstituida y la prueba anticipada puedan ser valoradas en juicio</i>
<i>STS 1655/2002, de 7 de octubre</i>	<i>Recoge los requisitos acuñados por el TC para que la prueba preconstituida y la prueba anticipada puedan ser valoradas en juicio</i>
<i>STS 1906/2002, de 14 de noviembre</i>	<i>Recoge los requisitos acuñados por el TC para que la prueba preconstituida y la prueba anticipada puedan ser valoradas en juicio</i>
<i>STS 56/2003, de 27 de enero</i>	<i>Distingue entre prueba preconstituida y prueba anticipada</i>
<i>STS 168/2003, de 26 de febrero</i>	<i>Recoge los requisitos acuñados por el TC para que la prueba preconstituida y la prueba anticipada puedan ser valoradas en juicio</i>

<i>STS 137/2009, de 28 de diciembre</i>	<i>Distingue entre prueba preconstituida y prueba anticipada</i>
<i>STS 191/2019, de 9 de abril</i>	<i>Recoge los requisitos acuñados por el TC para que la prueba preconstituida y la prueba anticipada puedan ser valoradas en juicio</i>

5- JURISPRUDENCIA RELATIVA AL DERECHO A LA PRUEBA

5.1- Tribunal Constitucional

<i>STC 30/1986 de 20 de febrero</i>
<i>STC 89/1986 de 1 de julio</i>
<i>STC 147/1987 de 25 de septiembre</i>
<i>STC 50/1988 de 22 de marzo</i>
<i>STC 205/1991 de 30 de octubre</i>
<i>STC 1/1992 de 13 de enero</i>
<i>STC 357/1993 de 29 de noviembre</i>
<i>STC 110/1995 de 4 de julio</i>

<i>STC 13/1995 de 11 de septiembre</i>
<i>STC 1/1996 de 15 de enero</i>
<i>STC 187/1996 de 25 de noviembre</i>
<i>STC 189/1996 de 25 de noviembre</i>
<i>STC 221/1998 de 24 de noviembre</i>
<i>STC 26/2000 de 31 de enero</i>
<i>STC 19/2001 de 29 de enero</i>
<i>STC 73/2001 de 26 de marzo</i>
<i>STC 113/2003 de 30 de junio</i>
<i>STC 88/2004 de 24 de mayo</i>
<i>STC 4/2005 de 17 de enero</i>
<i>STC 359/2006 de 18 de diciembre</i>
<i>STC 77/2007 de 16 de abril</i>

<i>STC 86/2008 de 21 de julio</i>
<i>STC 76/2010 de 18 de noviembre</i>
<i>STC 14/2011 de 28 de febrero</i>
<i>STC 212/2013 de 16 de diciembre</i>
<i>STC 133/2014 de 22 de julio</i>
<i>STC 128/2017 de 13 de noviembre</i>
<i>STC 130/2017 de 13 de noviembre</i>

5.2- Tribunal Supremo

<i>STS 649/2000 de 19 de abril</i>
<i>STS 1545/2004 de 23 de diciembre</i>
<i>STS 137/2007 de 20 de diciembre</i>
<i>STS 154/2012 de 29 de febrero</i>

<i>STS 186/2016 de 12 de julio</i>
<i>STS 137/2017 de 20 de diciembre</i>
<i>STS 20/2018 de 13 de febrero</i>

6- JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

6.1- Tribunal Constitucional

<i>STC 25/1981 de 14 de julio</i>	<i>Interpretación del concepto de derechos fundamentales</i>
<i>Auto 173/1984 de 21 de marzo</i>	<i>Se negó la exclusión del proceso de pruebas prohibidas</i>
<i>Auto 289/1984 de 16 de mayo</i>	<i>Se negó la exclusión del proceso de pruebas prohibidas</i>
<i>STC 114/1984 de 29 de noviembre</i>	<i>Se aplica por primera vez en España la regla de exclusión</i>
<i>STC 85/1994, de 14 de marzo</i>	<i>Concepción restrictiva de la prueba prohibida</i>
<i>STC 86/1995, de 6 de junio</i>	<i>Se rechaza la “Doctrina del fruto del árbol envenenado”. Apreciación de la excepción del “nexo causal atenuado”</i>

<i>STC 126/1995, de 25 de julio</i>	<i>Se aplica la regla de exclusión por violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio</i>
<i>STC 181/1995, de 11 de diciembre</i>	<i>Se aplica la regla de exclusión por violación del derecho al secreto de las comunicaciones</i>
<i>STC 49/1996, de 26 de marzo</i>	<i>Se aplica la regla de exclusión por violación del derecho al secreto de las comunicaciones</i>
<i>STC 127/1996, de 9 de julio</i>	<i>Se aplica la regla de exclusión por violación del derecho al secreto de las comunicaciones</i>
<i>STC 54/1996, de 26 de marzo</i>	<i>Aplica la “Doctrina del fruto del árbol envenenado” a unas pruebas y rechaza su aplicación en otras por considerarlas independientes</i>
<i>STC 41/1998, de 24 de febrero</i>	<i>Se admiten los hallazgos casuales</i>
<i>STC 81/1998 de 2 de abril</i>	<i>Se establece por primera vez la excepción de la “conexión de antijuridicidad”. Se argumenta el fundamento de la regla de exclusión sobre la base del efecto disuasorio</i>
<i>STC 49/1999 de 5 de abril</i>	<i>Se argumenta el fundamento de la regla de exclusión sobre la base del efecto disuasorio. Voto particular del Magistrado Cruz Villalón</i> <i>Se aplica la conexión de antijuridicidad</i>

<i>STC 94/1999 de 31 de mayo</i>	<i>Se argumenta el fundamento de la regla de exclusión sobre la base del efecto disuasorio</i>
<i>Auto del TC 155/1999, de 14 de junio</i>	<i>Primera vez que el TC utiliza la terminología norteamericana de la doctrina del “fruto del árbol envenedado”</i>
<i>STC 139/1999 de 22 de julio</i>	<i>Se aplica la conexión de antijuridicidad</i>
<i>STC 161/1999 de 27 de septiembre</i>	<i>Se admite la confesión del inculpado como prueba independiente válida de aquella obtenida ilícitamente</i>
<i>STC 171/1999 de 27 de septiembre</i>	<i>Se argumenta el fundamento de la regla de exclusión sobre la base del efecto disuasorio</i>
<i>STC 238/1999 de 20 de diciembre</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>
<i>STC 8/2000 de 17 de enero</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>

<i>STC 136/2000 de 29 de mayo</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>
<i>STC 299/2000 de 11 de diciembre</i>	<i>Se aplica la conexión de antijuridicidad</i>
<i>STC 28/2002 de 11 de febrero</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>
<i>STC 167/2002 de 18 de septiembre</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>
<i>STC 22/2003, de 11 de febrero</i>	<i>Se reconoce la excepción de la “buena fe” para no aplicar la prueba prohibida</i>
<i>STC 184/2003 de 23 de octubre</i>	<i>Se admite la confesión del inculpado como prueba independiente válida de aquella obtenida ilícitamente</i>
<i>STC 59/2005 de 15 de marzo</i>	<i>Se argumenta el fundamento de la regla de exclusión sobre la base del efecto disuasorio</i>
<i>STC 259/2005 de 24 de octubre</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>
<i>STC 136/2006, de 8 de mayo</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida. Se admite la confesión voluntaria del inculpado.</i>

<i>STC 252/2006 de 11 de septiembre</i>	<i>Se aplica la conexión de antijuridicidad</i>
<i>STC 49/2007 de 12 de marzo</i>	<i>Se admite la confesión del inculpado como prueba independiente válida de aquella obtenida ilícitamente</i>
<i>STC 206/2007 de 24 de septiembre</i>	<i>Se argumenta el fundamento de la regla de exclusión sobre la base del efecto disuasorio</i>
<i>STC 99/2009 de 20 de abril</i>	<i>Se aplica la excepción de la confesión voluntaria del inculpado sin necesidad de justificar esta teoría</i>
<i>STC 197/2009 de 28 de septiembre</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>
<i>STC 128/2011 de 18 de julio</i>	<i>Se aplica la excepción de la confesión voluntaria del inculpado sin necesidad de justificar esta teoría</i>
<i>STC 107/2012 de 21 de mayo</i>	<i>Se argumenta el fundamento de la regla de exclusión sobre la base del efecto disuasorio</i>
<i>STC 97/2019, de 16 de julio</i>	<i>No se aplica la regla de exclusión justificando la ponderación de intereses</i>

6.2- Tribunal Supremo

<i>STS (ROJ)2943/1990 de 29 de marzo</i>	<i>Se argumenta el fundamento de la regla de exclusión sobre la base del efecto disuasorio. Se aplica la concepción amplia de prueba prohibida</i>
<i>STS (ROJ) 7033/1991 de 16 de diciembre</i>	<i>Cuestiones terminológicas. Se aplica la concepción amplia de prueba prohibida</i>
<i>STS (ROJ) 3031/1992, de 7 de abril</i>	<i>Aplicación de la “Doctrina del fruto del árbol envenenado”</i>
<i>ATS (ROJ) 3773/1992 de 18 de junio</i>	<i>Aplicación de la “Doctrina del fruto del árbol envenenado”</i>
<i>STS (ROJ) 19293/1994 de 16 de junio</i>	<i>Aplicación de la “Doctrina del fruto del árbol envenenado”</i>
<i>STS 526/1995 de 7 de abril</i>	<i>Se aplica la excepción de la confesión voluntaria del inculpado</i>
<i>STS 60/1997 de 25 de junio</i>	<i>Se aplica la excepción del nexo causal atenuado</i>
<i>STS 501/1997, de 18 de abril</i>	<i>Se alude al efecto disuasorio como uno de los fundamentos de la prueba prohibida</i>
<i>STS 538/1997 de 23 de abril</i>	<i>Se alude al efecto disuasorio como uno de los fundamentos de la prueba prohibida</i>

<i>STS 974/1997, de 4 de julio,</i>	<i>Se aplica por primera vez la excepción del “descubrimiento inevitable”</i>
<i>STS 1131/1997 de 23 de septiembre</i>	<i>Se aplica la excepción de la confesión voluntaria del inculpado</i>
<i>STS 465/1998, de 30 de marzo</i>	<i>Se admiten los hallazgos casuales</i>
<i>STS 1490/1998 de 26 de noviembre</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>
<i>STS 290/1999 de 17 de febrero</i>	<i>Se argumenta el fundamento de la regla de exclusión sobre la base constitucional juntamente con el efecto disuasorio</i>
<i>STS 369/1999 de 13 de marzo</i>	<i>Considera válidas la confesión autoinculpatoria si es posterior a la declaración de nulidad por parte del Juez de la diligencia inconstitucional</i>
<i>STS 1313/2000 de 21 de julio</i>	<i>Se crea la excepción del “hallazgo casual”</i>
<i>STS 9046/2001 de 20 de noviembre</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>

<i>STS 588/2002 de 4 de abril</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>
<i>STS 1203/2002 de 18 de julio</i>	<i>Se argumenta el fundamento de la regla de exclusión sobre la base constitucional juntamente con el efecto disuasorio. Se establece la prudencia en la aplicación de la excepción de la conexión de antijuridicidad</i>
<i>STS 23/2003 de 17 de enero</i>	<i>Se excluye la confesión del imputado por considerar que es prueba derivada de la prueba obtenida ilícitamente</i>
<i>STS 58/2003 de 21 de enero</i>	<i>Se excluye la confesión del imputado por considerar que es prueba derivada de la prueba obtenida ilícitamente. Se establece la prudencia en la aplicación de la excepción de la conexión de antijuridicidad</i>
<i>STS 498/2003 de 24 de abril</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>
<i>STS 981/2003, de 3 de julio</i>	<i>Se admiten los hallazgos casuales</i>

<p><i>STS 1451/2003 de 26 de noviembre</i></p>	<p><i>Se argumenta el fundamento de la regla de exclusión sobre la base del efecto disuasorio.</i></p> <p><i>Se da validez a la confesión autoinculpatória cuando el imputado es consciente de la posible anulación de la diligencia inconstitucional y sus efectos.</i></p> <p><i>Se establece la prudencia en la aplicación de la excepción de la conexión de antijuridicidad</i></p>
<p><i>STS 590/2004 de 6 de mayo</i></p>	<p><i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i></p>
<p><i>STS 403/2005 de 23 de marzo</i></p>	<p><i>Se rechaza aplicar la excepción de la confesión voluntaria del inculpado por considerar que es “prueba diferente” pero derivada de la ilícita</i></p>
<p><i>STS 1/2006 de 9 de enero</i></p>	<p><i>Se valoran las declaraciones de varios acusados derivadas de una prueba prohibida sobre la base de que se son autónomas, jurídicamente, de la prueba prohibida originaria.</i></p> <p><i>Voto particular del Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez en el que critica la doctrina de la conexión de antijuridicidad.</i></p>

<i>STS 556/2006 de 31 de mayo</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>
<i>STS 926/2006 de 6 de octubre</i>	<i>Se aplica la excepción de la confesión voluntaria del inculpado</i>
<i>STS 25/2008, de 29 de agosto</i>	<i>Se mencionan los requisitos que tienen que cumplir los hallazgos casuales para que no se conviertan en prueba prohibida</i>
<i>STS 594/2008 de 8 de octubre</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>
<i>STS 370/2008 de 19 de junio</i>	<i>Se da validez a la confesión autoinculpatória cuando el imputado es consciente de la posible anulación de la diligencia inconstitucional y sus efectos.</i>
<i>STS 1066/2009 de 4 de noviembre</i>	<i>Se excluye la prueba obtenida por un particular con vulneración de derechos fundamentales</i>
<i>STS 8547/2009 de 30 diciembre</i>	<i>Cuestiones terminológicas</i>
<i>STS 27/2010 de 25 de enero</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>

<i>STS 542/2010 de 27 de enero</i>	<i>Cuestiones terminológicas</i>
<i>STS 406/2010 de 11 de mayo</i>	<p><i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida.</i></p> <p><i>Recopila los requisitos para que la confesión autoinculpatoria derivada de una prueba prohibida surta efecto</i></p>
<i>STS 529/2010 de 29 de mayo</i>	<i>Recopila los requisitos para que la confesión autoinculpatoria derivada de una prueba prohibida surta efecto</i>
<i>STS 513/2010 de 2 de junio</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>
<i>STS 328/2010 de 8 de abril</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>
<i>STS 529/2010 de 24 de mayo</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>
<i>STS 617/2010 de 22 de junio</i>	<i>Se acude a la prueba jurídicamente independiente para no extender el efecto reflejo de la prueba prohibida</i>

<i>STS 1092/2010 de 9 de diciembre</i>	<i>Recopila los requisitos para que la confesión autoinculpatoria derivada de una prueba prohibida surta efecto</i>
<i>STS 355/2011 de 10 de febrero</i>	<i>Cuestiones terminológicas</i>
<i>STS 91/2011 de 18 de febrero</i>	<i>Recopila los requisitos para que la confesión autoinculpatoria derivada de una prueba prohibida surta efecto</i>
<i>STS 320/2011 de 22 de abril</i>	<i>Se aplica la conexión de antijuridicidad</i>
<i>STS 818/2011, de 21 de julio</i>	<i>Se mencionan los requisitos que tienen que cumplir los hallazgos casuales para que no se conviertan en prueba prohibida</i>
<i>STS 811/2012 de 30 de octubre</i>	<i>Aplica la conexión de antijuridicidad, clasifica las etapas jurisprudenciales en un antes y un después de la STC 81/1998 de 2 de octubre, justifica la doctrina de la buena fe y de la ponderación de intereses</i>
<i>STS 821/2012 de 31 de octubre</i>	<i>Se establece la prudencia en la aplicación de la excepción de la conexión de antijuridicidad</i>

<i>STS 213/2013 de 26 de enero</i>	<i>Se argumenta el fundamento de la regla de exclusión sobre la base del efecto disuasorio</i>
<i>STS 793/2013 de 28 de octubre</i>	<i>Se da validez a una prueba prohibida obtenida por los particulares con violación de derechos fundamentales en razón de la ponderación de los derechos afectados</i>
<i>STS 569/2013 de 26 de junio</i>	<i>Se excluye la prueba obtenida por un particular con vulneración de derechos fundamentales</i>
<i>STS 912/2013 de 4 de diciembre</i>	<i>Se aplica la excepción de la conexión de antijuridicidad. Voto particular del Magistrado Perfecto Andrés Ibañez</i>
<i>STS 45/2014, de 7 de febrero</i>	<i>Se da validez a una prueba prohibida obtenida por los particulares con violación de derechos fundamentales en razón de la ponderación de los derechos afectados</i>
<i>STS 239/2014 de 1 de abril</i>	<i>Se excluye la prueba obtenida por un particular con vulneración de derechos fundamentales</i>
<i>STS 587/2014, de 18 de julio</i>	<i>No está claro si se ha utilizado la ponderación de intereses para no excluir la prueba prohibida derivada de una ruptura de la cadena de custodia</i>

<i>STS 511/2015 de 21 de julio</i>	<i>Aplica la conexión de antijuridicidad, clasifica las etapas jurisprudenciales en un antes y un después de la STC 81/1998 de 2 de octubre</i>
<i>STS 116/2017 de 23 de febrero</i>	<i>Se argumenta el fundamento de la regla de exclusión sobre la base del efecto disuasorio. Se permite la aportación de pruebas obtenidas por particulares con violación de derechos fundamentales</i>
<i>STS 2/2018 de 9 de enero</i>	<i>Aplicación de la “Doctrina del fruto del árbol envenenado”. Se reconoce que el efecto expansivo de la prohibición de valoración alcanzaría a las informaciones derivadas de la prueba ilícita</i>
<i>STS 1931/2018 de 30 de mayo</i>	<i>Aplicación de la “Doctrina del fruto del árbol envenenado”</i>
<i>STS 3096/2018 de 11 de julio</i>	<i>Aplicación de la “Doctrina del fruto del árbol envenenado”</i>
<i>STS 377/2018, de 23 de julio</i>	<i>Se mencionan los requisitos que tienen que cumplir los hallazgos casuales para que no se conviertan en prueba prohibida</i>
<i>STS 54/2019, de 6 de febrero</i>	<i>Se da validez a las pruebas obtenidas por particulares violando derechos fundamentales</i>

6.3- Audiencias Provinciales

<i>SAP Madrid 3742/2016 de 29 de abril</i>	<i>No se aplica la regla de exclusión probatoria a las pruebas obtenidas por particulares</i>
--	---

7- JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA PRUEBA ELECTRÓNICA

7.1-Tribunal Constitucional

<i>STC 22/1984, de 17 de febrero</i>	<i>Considera que el art. 18.3 de la CE es suficiente para otorgar a los jueces la potestad necesaria para ordenar las intervenciones telefónicas</i>
<i>STC 56/1987, de 14 de mayo</i>	<i>Explica la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales</i>
<i>STC 66/1995, de 8 de mayo.</i>	<i>Establece los requisitos de proporcionalidad en la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales</i>
<i>STC 86/1995, de 6 de junio</i>	<i>El control judicial de la ejecución y el cese de la medida restrictiva de intervención de las comunicaciones es indispensable</i>

<i>STC 55/1996, de 28 de marzo</i>	<i>Establece los requisitos de proporcionalidad en la adopción de medidas restrictivas de derechos</i>
<i>STC 49/1996, de 26 de marzo</i>	<i>Da la razón al TEDH y considera que la legislación española, referente a la regulación de las intervenciones de las comunicaciones, tiene carencias y no se adapta a las exigencias del CEDH. El control judicial de la ejecución y el cese de la medida restrictiva de intervención de las comunicaciones es indispensable para que esa medida se mantenga dentro los límites constitucionales</i>
<i>STC 41/1998, de 24 de febrero</i>	<i>El que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllas</i>
<i>STC 121/1998, de 15 de junio</i>	<i>El control judicial de la medida de intervención de las comunicaciones forma parte del contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones cuando es necesario para garantizar su corrección y proporcionalidad</i>
<i>STC 49/1999, de 5 de abril</i>	<i>Declara que la inexistencia de legislación que regule las intervenciones telefónicas no implica que la actuación de los jueces sea ilegítima, desde el punto de vista constitucional, siempre que respeten el principio de proporcionalidad</i>

<i>STC 166/1999, de 27 de septiembre</i>	<i>Se especifica cuándo la falta o la deficiencia del control judicial puede afectar a la constitucionalidad de la medida</i>
<i>STC 171/1999, de 27 de septiembre</i>	<i>Se especifica cuándo la falta o la deficiencia del control judicial puede afectar a la constitucionalidad de la medida</i>
<i>STC 126/2000, de 16 de mayo</i>	<i>Las resoluciones judiciales habilitadoras de las medidas restrictivas de derechos tienen que contener los hechos objetivos que puedan constituir indicios de la comisión de un delito y la conexión de la persona investigada con el mismo.</i>
<i>STC 299/2000, de 11 de septiembre</i>	<i>Las resoluciones judiciales habilitadoras de las medidas restrictivas de derechos tienen que contener los hechos objetivos que puedan constituir indicios de la comisión de un delito y la conexión de la persona investigada con el mismo</i>
<i>STC 14/2001, de 29 de enero</i>	<i>Las resoluciones judiciales habilitadoras de las medidas restrictivas de derechos tienen que contener los hechos objetivos que puedan constituir indicios de la comisión de un delito y la conexión de la persona investigada con el mismo</i>
<i>STC 138/2001, de 18 de junio</i>	<i>Las resoluciones judiciales habilitadoras de las medidas restrictivas de derechos tienen que contener los hechos objetivos que puedan constituir indicios</i>

<i>STC 202/2001, de 15 de octubre</i>	<i>Las resoluciones judiciales habilitadoras de las medidas restrictivas de derechos tienen que contener los hechos objetivos que puedan constituir indicios de la comisión de un delito y la conexión de la persona investigada con el mismo</i>
<i>STC 184/2003, de 24 de marzo</i>	<i>Queda cumplido el requisito con el hecho de que los Autos de autorización y prórrogas fijen los términos, con que la policía de cuenta del resultado de las intervenciones al juzgado y con que el órgano judicial realice un seguimiento de las mismas,</i>
<i>STC 252/2006, de 11 de septiembre</i>	<i>Las resoluciones judiciales habilitadoras de las medidas restrictivas de derechos tienen que contener los hechos objetivos que puedan constituir indicios de la comisión de un delito y la conexión de la persona investigada con el mismo</i>
<i>STC 173/2011, de 7 de noviembre.</i>	<i>Se reconoce la necesidad de que el legislador regule con más precisión las investigaciones policiales relativas a la electrónica</i>

7.2- Tribunal Supremo

<i>STS 283/1988, de 5 de febrero</i>	<i>Reconoce la falta de regulación procesal de las intervenciones telefónicas y observa su licitud sobre la base de no incursión en un delito penal</i>
--------------------------------------	---

<i>STS (ROJ) 6967/1990, de 5 de octubre</i>	<i>Considera que el art. 18.3 de la CE es suficiente para otorgar la legitimidad a la adopción de medidas</i>
<i>STS 4519/1993, de 25 de junio</i>	<i>Prohíbe la autorización de intervenciones telefónicas antes de la puesta en marcha y anotación de un proceso penal</i>
<i>STS (ROJ) 481/1994, de 8 de marzo</i>	<i>Completan la doctrina del TS en cuanto no se produce una vulneración del principio de especialidad que cede cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, si no una adición o suma.</i>
<i>STS (ROJ) 3931/1994, de 20 de mayo</i>	<i>Completan la doctrina del TS en cuanto no se produce una vulneración del principio de especialidad que cede cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, si no una adición o suma.</i>
<i>STS 692/1997, de 7 de noviembre</i>	<i>Recoge los requisitos que deben de tener las autorizaciones judiciales de intervenciones telefónicas para evitar la vulneración del secreto a las comunicaciones y que entre en juego el art. 11.1 de la LOPJ</i>
<i>STS 1830/1999, de 16 de febrero</i>	<i>Especifica los requisitos de legalidad constitucional y de legalidad ordinaria que deben de tener las intervenciones de las comunicaciones</i>

<i>STS 1004/1999, de 18 de junio</i>	<i>El hallazgo si es casual no impide que deje de tener valor lo encontrado, siempre que se trate de delito flagrante</i>
<i>STS 1599/1999, de 15 de noviembre</i>	<i>No es necesario que el Letrado de la Administración de Justicia participe en el volcado o clonación de las evidencias informáticas porque carece de conocimientos técnicos para ello</i>
<i>STS 250/2000, de 14 de abril</i>	<i>Especifica los requisitos de legalidad constitucional y de legalidad ordinaria que deben de tener las intervenciones de las comunicaciones</i>
<i>STS 1990/2002, de 29 de noviembre</i>	<i>El hallazgo es casual no impide que deje de tener valor lo encontrado, siempre que se trate de delito flagrante</i>
<i>STS 1335/2001, de 19 de julio</i>	<i>Distingue cuando la falta del control judicial puede incurrir en un vicio de trascendencia constitucional y cuando en mera ilegalidad</i>
<i>STS 1643/2001, de 24 de septiembre</i>	<i>En la utilización de informaciones obtenidas en otros procedimientos se declara la nulidad absoluta cuando la investigación derivada no contaba con la autorización inicial y sus posteriores prórrogas</i>
<i>STS 885/2005, de 5 de julio</i>	<i>El hallazgo es casual no impide que deje de tener valor lo encontrado, siempre que se trate de delito flagrante</i>
<i>STS 1347/2005, de 16 de noviembre</i>	<i>Nulidad de las informaciones obtenidas en otros procedimientos</i>

<i>STS 205/2006, de 2 de marzo</i>	<i>Nulidad de las informaciones obtenidas en otros procedimientos</i>
<i>STS 556/2006, de 31 de mayo</i>	<i>En la utilización de informaciones obtenidas en otros procedimientos se declara la nulidad absoluta en aquellos casos en los que la investigación derivada no contaba con la autorización inicial y sus posteriores prórrogas</i>
<i>STS 197/2007, de 9 de mayo</i>	<i>Reconoce la complejidad de la materia en la obtención de direcciones IP y considera que a través de las resoluciones judiciales futuras se irá perfilando un cuerpo de doctrina sobre la materia</i>
<i>STS 25/2008, de 29 de enero</i>	<i>Distingue las funciones de los descubrimientos casuales como fuente de prueba y como notitia criminis</i>
<i>STS 256/2008, de 14 de mayo</i>	<i>No es necesario que el Letrado de la Administración de Justicia participe en el volcado o clonación de las evidencias informáticas porque carece de conocimientos técnicos para ello</i>
<i>STS 292/2008, de 28 de mayo</i>	<i>Reconoce la complejidad de la materia en la obtención de direcciones IP y considera que a través de las resoluciones judiciales futuras se irá perfilando un cuerpo de doctrina sobre la materia</i>

<i>STS 688/2008, de 30 de octubre</i>	<i>Las Diligencias Previas derivadas no necesitan contar con los antecedentes de las intervenciones iniciales</i>
<i>STS 480/2009, de 22 de mayo</i>	<i>No es necesario que el Letrado de la Administración de Justicia participe en el volcado o clonación de las evidencias informáticas porque carece de conocimientos técnicos para ello</i>
<i>STS 737/2009, de 6 de julio</i>	<i>No considera necesario que en las Diligencias Previas derivadas contaran con los antecedentes de las intervenciones iniciales</i>
<i>STS 326/2009, de 24 de marzo</i>	<i>No considera necesario que en las Diligencias Previas derivadas contaran con los antecedentes de las intervenciones iniciales</i>
<i>Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª del TS, de 26 de mayo de 2009</i>	<i>En aquellos casos en los que las escuchas telefónicas procedentes de diligencias distintas a las que corresponden al juicio y se plantea la nulidad porque no hay constancia legítima de resoluciones precedentes no debe de suponer la nulidad sin más,</i>
<i>STS 616/2012, de 10 de julio</i>	<i>Define lo que son descubrimientos casuales</i>
<i>STS 777/2012, de 17 de octubre</i>	<i>Define lo que son descubrimientos casuales</i>

<i>STS 342/2013, de 17 de abril</i>	<i>Considera a los dispositivos de comunicación y almacenamiento de información como “algo más que una pieza de convicción”</i>
<i>STS 301/2013, de 18 de abril</i>	<i>No se permiten las autorizaciones para intervenir las comunicaciones que se basen en diligencias indeterminadas</i>
<i>STS 16/2014, de 30 de enero</i>	<i>Se consideraron prueba prohibida las obtenciones de direcciones IP y de datos relacionados con unas cuentas de correo electrónico</i>
<i>STS 300/2015, de 19 de mayo</i>	<i>Fijó los criterios para admitir la fuerza probatoria de los “pantallazos”</i>
<i>STS 754/2015, de 27 de noviembre</i>	<i>Estableció el criterio de cuándo es necesaria la prueba pericial informática</i>
<i>STS 375/2018, de 19 de julio</i>	<i>Estableció el criterio de cuando no es necesaria la prueba pericial informática</i>
<i>STS 376/2018, de 23 de julio.</i>	<i>Se critica la legislación anterior a la reforma de la LECrim de 2015 como insuficiente y que daba lugar, en muchos casos, a pruebas ilícitas</i>
<i>STS 377/2018, de 23 de julio</i>	<i>Establece los requisitos para que evitar que el descubrimiento casual sea prueba prohibida</i>

<i>STS 489/2018, de 23 de octubre</i>	<i>Considera a los dispositivos de comunicación y almacenamiento de información como “algo más que una pieza de convicción</i>
---------------------------------------	--

7.3- Audiencias Provinciales

<i>Sentencia de la A.P de Barcelona de 2 de mayo de 2007</i>	<i>Considera que la LEC confunde medios con fuentes de prueba en lo referente a los medios para reproducir y archivar la palabra, el sonido y la imagen</i>
--	---

8- JURISPRUDENCIA RELATIVA A LOS DERECHOS EN CONFLICTO EN RELACIÓN CON LA PRUEBA ELECTRÓNICA

8.1- Derecho a la Intimidad

A- Tribunal Constitucional

<i>STC 207/1996, de 16 de diciembre</i>	<i>El derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás. Requisitos que justifican la injerencia en el derecho a la intimidad</i>
<i>STC 98/2000, de 10 de abril</i>	<i>El derecho a la intimidad no tiene carácter absoluto.</i>

<i>STC 186/2000, de 10 de julio</i>	<i>El derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado y reservado</i>
<i>STC 156/2001, de 2 de julio</i>	<i>El derecho a la intimidad no tiene carácter absoluto. Está limitado por la preservación del ámbito de otros derechos</i>
<i>STC 70/2002, de 3 de abril</i>	<i>Requisitos que justifican la injerencia en el derecho a la intimidad</i> <i>Se desliga el derecho al secreto a las comunicaciones del derecho a la intimidad</i>
<i>STC 83/2002, de 22 de abril</i>	<i>Corresponde a las personas acotar el ámbito de su intimidad personal y familiar</i>
<i>STC 123/2002, de 20 de mayo</i>	<i>Se desliga el derecho al secreto a las comunicaciones del derecho a la intimidad</i>
<i>STC 127/2003, de 30 de junio</i>	<i>El artículo 18.1 garantiza un derecho al secreto a que los demás no sepan lo que somos o lo que hacemos</i>
<i>STC 196/2004, de 15 de noviembre</i>	<i>El derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás</i>
<i>STC 25/2005, de 14 de febrero</i>	<i>El interés público propio de la investigación del delito es suficiente para la injerencia</i>

<p><i>STC 89/2006, de 27 de marzo</i></p>	<p><i>El artículo 18.1 garantiza un derecho al secreto a que los demás no sepan lo que somos o lo que hacemos</i></p> <p><i>Necesidad de motivación para limitar el derecho a la intimidad respetando los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad</i></p>
<p><i>STC 196/2006, de 3 de julio</i></p>	<p><i>Corresponde a las personas acotar el ámbito de su intimidad personal y familiar</i></p>
<p><i>STC 206/2007, de 24 de septiembre</i></p>	<p><i>El derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás</i></p>
<p><i>STC 70/2009, de 23 de marzo</i></p>	<p><i>El derecho a la intimidad confiere un poder jurídico de abstenerse de cualquier intromisión en la esfera íntima</i></p>
<p><i>STC159/2009, de 29 de junio</i></p>	<p><i>El derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás</i></p>
<p><i>STC 173/2011, de 7 de noviembre</i></p>	<p><i>El derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado. Necesidad de motivación para limitar el derecho a la intimidad respetando los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad</i></p>
<p><i>STC 115/2013, de 9 de mayo</i></p>	<p><i>El derecho a la intimidad no tiene carácter absoluto.</i></p>

B- Tribunal Supremo

<i>STS 1377/1999, de 8 de febrero</i>	<i>Cuando se ampara el secreto de las comunicaciones se extiende a los medios de comunicación pueden aparecer en el futuro</i>
<i>STS 367/2001, de 22 de marzo</i>	<i>Cuando se ampara el secreto de las comunicaciones se extiende a los medios de comunicación pueden aparecer en el futuro</i>
<i>STS 1235/2002, de 27 de junio</i>	<i>Desliga el derecho al secreto de las comunicaciones del derecho a la intimidad</i>
<i>STS 1647/2002, de 1 de octubre</i>	<i>Desliga el derecho al secreto de las comunicaciones del derecho a la intimidad</i>
<i>STS 1148/2010, de 12 de diciembre</i>	<i>Están justificadas las injerencias en el derecho a la intimidad</i>
<i>STS 460/2011, de 25 de mayo</i>	<i>Están justificadas las injerencias en el derecho a la intimidad</i>
<i>STS 342/2013, de 17 de abril</i>	<i>Desliga el derecho al secreto de las comunicaciones del derecho a la intimidad</i>
<i>STS 864/2015, de 10 de diciembre</i>	<i>Desliga el derecho al secreto de las comunicaciones del derecho a la intimidad</i>
<i>STS 714/2016, de 26 de septiembre</i>	<i>Cuando se ampara el secreto de las comunicaciones se extiende a los medios de comunicación pueden aparecer en el futuro</i>

<i>STS 489/2018, de 23 de octubre</i>	<i>Desliga el derecho al secreto de las comunicaciones del derecho a la intimidad</i> <i>No se exige la intervención judicial en algunos casos</i>
---------------------------------------	---

8.2- Derecho a la Protección de Datos

A- Tribunal Constitucional

<i>STC 290/2000, de 30 de noviembre</i>	<i>El derecho a la protección de datos es un derecho autónomo</i>
<i>STC 292/2000, de 30 de noviembre</i>	<i>Contenido del derecho a la protección de datos</i>
<i>STC 29/2013, de 11 de febrero</i>	<i>Violación del derecho a la protección de datos</i>

B- Tribunal Supremo

<i>STS 136/2009, de 10 de febrero</i>	<i>Violación del derecho a la protección de datos por la lectura por parte de la policía de mensajes grabados en el teléfono móvil del detenido</i>
<i>STS 756/2009, de 29 de junio</i>	<i>Violación del derecho a la protección de datos por la obtención por parte de la policía, de números IMSI o IMEI</i>

<i>STS 880/2009, de 7 de julio</i>	<i>Violación del derecho a la protección de datos por la obtención por parte de la policía, sin previa autorización judicial, de números IMSI o IMEI</i>
<i>STS 257/2010, de 18 de marzo</i>	<i>Violación del derecho a la protección de datos por la obtención por parte del juez de instrucción del listado de llamadas efectuado por un imputado</i>
<i>STS 853/2010, de 15 de octubre</i>	<i>Violación del derecho a la protección de datos por la obtención por parte de la policía, sin previa autorización judicial, de números IMSI o IMEI</i>
<i>STS 680/2016, de 22 de junio</i>	<i>Violación del derecho a la protección de datos por la toma de muestras de ADN sin consentimiento del titular</i>

8.3- Derechos Tecnológicos

A- Tribunal Constitucional

<i>STC 58/2018, de 4 de junio</i>	<i>Derecho al olvido digital</i>
-----------------------------------	----------------------------------

B- Tribunal Supremo

<i>STS 342/2013, de 17 de abril</i>	<i>Derecho al propio entorno virtual</i>
-------------------------------------	--

<i>STS 587/2014, de 18 de julio</i>	<i>El contenido del ordenador está íntimamente ligado al derecho fundamental al entorno digital, que a su vez se descompone en los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la intimidad y a la protección de datos</i>
<i>STS 204/2016, de 10 de marzo</i>	<i>Derecho a la protección del propio entorno virtual</i>
<i>STS 489/2018, de 23 de octubre</i>	<i>Derecho al propio entorno virtual</i>
<i>STS 723/2018, de 23 de enero de 2019</i>	<i>Derecho a la protección del propio entorno virtual</i>
<i>STS 140/2019, de 13 de marzo</i>	<i>La figura del agente encubierto podría vulnerar el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones pero no habla del derecho a la autodeterminación informativa y al entorno virtual</i>

9- JURISPRUDENCIA RELATIVA A OTROS TEMAS

9.1 Principio de no indagación.

<i>STS 19/2003 de 10 de enero</i>	<i>Recoge el “principio de no indagación” respecto a las pruebas obtenidas en el extranjero</i>
<i>STS 1281/2006 de 27 de diciembre</i>	<i>Recoge el “principio de no indagación” respecto a las pruebas obtenidas en el extranjero</i>

9.2 Cadena de custodia

<i>STS 1190/2009, de 3 de diciembre</i>	<i>A través de la cadena de custodia se asegura la “mismidad” de la prueba</i>
<i>STS 6/2010, de 27 de enero</i>	<i>A través de la cadena de custodia se asegura la “mismidad” de la prueba</i>
<i>506/2012, de 11 de junio</i>	<i>La regularidad de la cadena de custodia es un requisito indispensable para la valoración de la prueba que posteriormente se va a producir en el juicio</i>
<i>STS 884/2012, de 8 de noviembre</i>	<i>La ruptura de la cadena de custodia puede violar los derechos a un proceso justo y a la presunción de inocencia</i>
<i>STS 1072/2012, de 11 de diciembre</i>	<i>la regularidad de la cadena de custodia es un requisito indispensable para la valoración de la prueba que posteriormente se va a producir en el juicio</i>
<i>STS 308/2013, de 26 de marzo</i>	<i>Establece que si la infracción en la cadena de custodia es menor se considera una irregularidad que no invalida la prueba, por el contrario si la infracción se estima mayor se produce la exclusión de la prueba.</i>
<i>STS 744/2013, de 14 de octubre</i>	<i>La ruptura de la cadena de custodia puede violar los derechos a un proceso justo y a la presunción de inocencia</i>

<p><i>STS 747/2015, de 19 de noviembre</i></p>	<p><i>la regularidad de la cadena de custodia es un requisito indispensable para la valoración de la prueba que posteriormente se va a producir en el juicio</i></p>
<p><i>STS 491/2016, de 8 de junio</i></p>	<p><i>Define la cadena de custodia</i></p>
<p><i>Auto 581/2019, de 30 de mayo</i></p>	<p><i>la regularidad de la cadena de custodia es un requisito indispensable para la valoración de la prueba que posteriormente se va a producir en el juicio bajo los principios de inmediación, publicidad y contradicción de las partes, como garantía de seguridad de que lo que se obtuvo es lo mismo que luego se va a presentar en el juicio a través de los informes periciales</i></p>
<p><i>Auto 634/2019, de 6 de junio</i></p>	<p><i>la regularidad de la cadena de custodia es un requisito indispensable para la valoración de la prueba que posteriormente se va a producir en el juicio bajo los principios de inmediación, publicidad y contradicción de las partes, como garantía de seguridad de que lo que se obtuvo es lo mismo que luego se va a presentar en el juicio a través de los informes periciales</i></p>

