

*FREEDOM OF PROOF?* EL CUESTIONABLE  
DEBILITAMIENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN  
DE LA PRUEBA ILÍCITA

Marina GASCÓN ABELLÁN

I. La prueba y su institucionalización: la presencia de objetivos no epistemológicos en la regulación de la prueba. . . .	47
II. La regla de exclusión de la prueba ilícita .	56
1. Definición. . . . .	56
2. Alcance de la regla de exclusión: el efecto reflejo o la prueba ilícita indirecta . . . . .	58
3. Fundamento jurídico de la regla de exclusión . . . . .	61
III. Las excepciones a la regla de exclusión .	73
1. La excepción de la fuente independiente . . . . .	74
2. Las excepciones del descubrimiento independiente y del descubrimiento inevitable . . . . .	80
3. La excepción de la buena fe . . . . .	83
IV. Conclusión: el repliegue hacia la <i>freedom of proof</i> . . . . .	85

# *FREEDOM OF PROOF?* EL CUESTIONABLE DEBILITAMIENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

Marina GASCÓN ABELLÁN

## I. LA PRUEBA Y SU INSTITUCIONALIZACIÓN: LA PRESENCIA DE OBJETIVOS NO EPISTEMOLÓGICOS EN LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA

El término "prueba", en el contexto jurídico, identifica los trámites o actividades que se orientan a acreditar o a determinar (en definitiva, a probar) la existencia o inexistencia de hechos relevantes para adoptar la decisión. Precisamente por eso, frente a la concepción retórica o argumentativa de la prueba, que concibe a ésta como una actividad encaminada a "convencer" al juez de la ocurrencia de los hechos, desde una perspectiva racional la concepción más adecuada (y no por casualidad la más extendida y acorde con las intuiciones de los hablantes) es la cognoscitivista, según la cual la prueba se endereza a conocer o acreditar la verdad de (los enunciados sobre) los hechos litigiosos o controvertidos.

Que la prueba jurídica sea una actividad cognoscitiva significa que se ha de servir de los mismos esquemas y reglas racionales que valen para cualquier otro tipo de actividad que se desarrolle al

margen del derecho y que tenga también como objetivo la averiguación de hechos. Ésta es la razón por la que comúnmente se resalta la analogía entre la actividad del "juez de los hechos" y la del detective y el historiador: los tres —se dice— se enfrentan al mismo problema, conocer la existencia de hechos que muchas veces ya no se pueden observar ni reproducir, y en la tarea de averiguarlos se habrán de conducir por las mismas reglas.<sup>1</sup> Cuáles sean estas reglas ya no es, por tanto, una cuestión interna al derecho, sino que se sitúa más allá del mismo, en la esfera de la racionalidad empírica. Por eso —y siempre desde esta racionalidad común a otros sectores de la experiencia— la actividad probatoria habría de regirse por principios como el de la "apertura" del catálogo de medios de prueba, el carácter ilimitado del *tempus* en que han de ser probados los hechos, la posibilidad de revisar ilimitadamente las tesis fácticas si surgieran nuevas pruebas o informaciones, y en particular por el denominado "principio de inclusión", en virtud del cual todo lo que tiene utilidad probatoria debe ser admitido como prueba.

Las afirmaciones anteriores, sin embargo, deben ser matizadas, pues si es cierto que el conocimiento de los hechos que se desarrolla en sede judicial

<sup>1</sup> El parangón, en cualquier caso, es excesivamente simplificador, pues sólo desde una visión simplista de las cosas puede decirse que la tarea del historiador se resume en reproducir hechos del pasado individuales e irrepetibles. Con frecuencia, la tarea historiográfica se centra, más que en la reconstrucción de hechos individuales, en su comprensión y explicación. Y además, aun cuando se oriente a reconstruir hechos del pasado, muchas veces lo hace con el objetivo, mucho más amplio, de resaltar tendencias o "leyes" que den cuenta de las grandes transformaciones y cambios económicos, políticos y sociales.

tiene mucho que ver con el del historiador o el del detective, no es exactamente igual. Frente a estos y otros tipos de conocimiento empírico que —con los necesarios matices— pueden ser calificados como “libres” de trabas institucionales, la prueba judicial se caracteriza justamente por su carácter *institucionalizado o jurídico*, lo cual se traduce no sólo en que se enmarca en (y sirve para) el contexto jurídico, singularmente el proceso, sino también (y sobre todo) en que por lo común está regulada jurídicamente. Dicho más simplemente: la prueba judicial no es una actividad libre y sin sujeción a reglas, sino que se desarrolla en un marco institucionalizado de normas procesales que inevitablemente condicionan la obtención del conocimiento.

Las reglas jurídicas que gobiernan el fenómeno probatorio son de muy diversos tipos. Por citar sólo algunos: hay normas que excluyen o restringen la admisión de ciertas pruebas en el proceso, impidiendo a las partes utilizar todas las pruebas relevantes de que dispongan; o normas que regulan el modo de formación y control de las pruebas, excluyendo o restringiendo así la posibilidad de usar pruebas formadas a través de procedimientos distintos; o normas de prueba legal, que aún existen en distintos grados en los sistemas de *civil law*, que regulan el valor que ha de darse a una prueba en la decisión, excluyendo o limitando así la valoración discrecional del juez para determinar los hechos. Este catálogo de reglas jurídicas sobre la prueba, aunque escueto, muestra ya un rasgo distintivo de las mismas, y es que, pese a su diversidad, estas reglas desempeñan una función eminentemente restrictiva: limitan o restringen el

ámbito de las reglas que rigen en contextos de investigación no jurídicos; por ejemplo, en la vida cotidiana u otros campos de la experiencia, y ello aun cuando estas restricciones no siempre aparezcan expresa o directamente formuladas. La particularidad de la prueba judicial frente a otro tipo de averiguación de hechos reside pues en que, en virtud de las normas jurídicas que la regulan, hay informaciones o datos que serían pruebas en otros contextos de investigación, pero que no lo son en el proceso.

De todos modos, en el plano de la regulación jurídica de la prueba cabe distinguir al menos dos orientaciones o concepciones:<sup>2</sup> una "cerrada" y otra "abierta". La primera, prevalente en los sistemas de *civil law* aunque no exclusiva de ellos, presenta una marcada tendencia a regular todo el fenómeno de las pruebas y a excluir del mismo aquellos aspectos que se sitúen fuera (o más allá) de la regulación. Es decir, el sentido de la regulación es principalmente determinar (incluir) lo que puede ser considerado como prueba y, paralelamente, excluir lo que no puede. La prueba jurídica se concibe entonces como un fenómeno independiente y al margen de cualquier otro sector de la experiencia. Esta concepción, de tono marcadamente formalista, es pues refractaria (o se "cierra") al uso de los modelos epistemológicos y reglas racionales provenientes de otros sectores de la experiencia.

La segunda concepción (la "abierta"), prevalente en los sistemas de *common law* aunque no exclu-

<sup>2</sup> Sigo aquí a M. Taruffo, *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer, Madrid, Trotta, 2002, pp. 341 y ss.

siva de ellos, presenta por el contrario una marcada tendencia a reducir al máximo (y al límite excluir) la regulación jurídica de las pruebas. La regla general es aquí la *freedom of proof*, y por eso el sentido de la regulación es tan sólo el establecimiento de reglas de exclusión cuando existan razones para ello. La prueba se nutre de (o se "abre" a) los modelos epistemológicos y reglas racionales de otros sectores de la experiencia.<sup>3</sup>

Las dos concepciones mencionadas no sólo representan modelos extremos sino además irrealizables, de modo que los concretos sistemas jurídicos se mueven entre ambas orientaciones, a las que se adscriben en mayor o menor medida. Y es que si parece imposible pensar en un sistema jurídico donde todos los aspectos del fenómeno probatorio estén completamente regulados por el derecho, tampoco parece fácil pensar en un sistema jurídico que encarne de manera absoluta el sistema de la *freedom of proof*, un sistema donde la prueba esté completamente desregulada, entregada por entero a las reglas epistemológicas o a los patrones de la racionalidad empírica. En el contexto jurídico en el que la prueba se desenvuelve (y al que sirve), alguna regulación, aunque sea mínima, parece necesaria; y ello porque existen ciertos valores e intereses a los que el derecho debe brindar protección, y el sentido de la regulación de la prueba es justamente preservarlos, aun a costa, si fuera preciso, de menguar o incluso anu-

<sup>3</sup> El referente fundamental de esta concepción hay que buscarlo en Bentham. Véase sobre el particular W. Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1985.

lar las posibilidades de averiguación de la verdad en el proceso.

En efecto, aunque algunas de las reglas jurídicas que gobiernan la prueba tienen como objetivo propiciar la averiguación de la verdad, y en este sentido pueden denominarse *garantías epistemológicas*,<sup>4</sup> muchas otras (la mayoría) se enderezan directamente a garantizar otros valores, lo que eventualmente puede mermar la consecución de aquel objetivo. Estos valores pueden ser de dos tipos. De un lado, un valor que podríamos llamar *práctico*, por cuanto expresa un rasgo básico del proceso judicial: su finalidad práctica y no teórica. De otro, una serie de valores que podríamos llamar *ideológicos*, por cuanto no son consustanciales a la idea de acción judicial como actividad encaminada a poner fin a un conflicto, sino que forman más bien parte de una cierta ideología jurídica.<sup>5</sup>

Que el proceso tiene una *finalidad práctica* significa que tiene como objetivo primario la resolución de un conflicto: el conocimiento del pasado no es el objeto inmediato de la indagación del juez, sino tan sólo un paso previo a la decisión que debe adoptar. Por eso, para resolver el conflicto, el juez

<sup>4</sup> Constituyen ejemplos de las mismas algunas limitaciones probatorias que, fundadas en el interés cognoscitivo del proceso, rechazan o minusvaloran pruebas con bajo valor gnoseológico: por ejemplo, el escrito anónimo o el testimonio de referencia; aunque el caso más claro tal vez sea la prohibición de la tortura, pues, aunque se enderece directamente a garantizar la vida y dignidad humanas, qué duda cabe que contribuye también a evitar la posible obtención de una verdad "torcida".

<sup>5</sup> He argumentado sobre este rasgo en Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2004, capítulo III.

está obligado inexcusablemente a llegar a una certeza oficial, y de ahí deriva una exigencia: la búsqueda de la verdad sobre esos hechos no puede alargarse indefinidamente; tienen que existir expedientes institucionales que permitan fijar la verdad cuando ésta no resulte fácilmente descubrible; y tiene que llegar un momento en que la verdad procesalmente declarada se acepte como verdad última. Claro está que esta verdad última no será infalible, pero será *final*, en el sentido de que *pondrá fin al conflicto autorizadamente*. Las reglas de limitación temporal y algunas presunciones (la de "cosa juzgada" y las que se enderezan a proveer una respuesta judicial en caso de incertidumbre) son ejemplos de estas reglas, que desde luego no contribuyen a (o directamente merman la posibilidad de) que la verdad entre en el proceso.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Esto parece claro en las reglas de *limitación temporal*, cuya razón de ser reside en la necesidad de resolver el conflicto en un plazo no irrazonable de tiempo. Pero es evidente que, al limitar el tiempo en que debe ser pronunciada una decisión, estas reglas en nada contribuyen a alcanzar la certeza sobre los hechos que han dado origen al conflicto, sobre todo en los casos en que las diferentes tesis fácticas enfrentadas aparecen igualmente plausibles.

Y otro tanto cabe decir de las *presunciones legales*. Las presunciones *iuris tantum* son *normas* que, para garantizar una decisión probatoria, instauran una "regla de juicio o de decisión" que indica al juez cuál debe ser el contenido de su sentencia cuando no tenga pruebas suficientes para formar su convicción sobre los hechos litigiosos, lo que significa que la conclusión de la presunción no puede ser tratada como una descripción de la realidad. Las presunciones *iuris et de iure*, por su parte, son también *normas* que, en presencia de determinadas circunstancias, establecen el particular efecto jurídico de dar por verdaderos ciertos hechos y no transigen con ninguna excepción no prevista. Por eso en este tipo de presunciones, con mayor razón que en las *iuris tantum*, pueden adquirir valor de verdad aserciones que son empíricamente falsas.

Por otro lado, los ordenamientos jurídicos tienen que preservar también determinados valores *ideológicos*. Se trata más exactamente de valores extraprocesales que se consideran relevantes (el interés público, la privacidad de ciertas relaciones, la dignidad humana, los derechos y libertades fundamentales) y justamente para preservarlos se instituyen en el proceso algunas reglas. La mayoría de ellas son limitaciones o prohibiciones probatorias, es decir, reglas que impiden o limitan el uso de ciertas fuentes y/o medios de prueba y/o suprimen o limitan la eficacia de la información aportada por ellas. Reglas por tanto que, enderezándose primariamente a la tutela de los comentados valores, los hacen prevalecer frente a las exigencias procesales de averiguación de la verdad.<sup>7</sup> Constituyen ejemplos de estas reglas la prohibición, bajo "secreto de Estado", de usar como pruebas ciertos documentos que podrían afectar a la seguridad del Estado; o las reglas que excluyen o dispensan del deber de declarar por razones de parentesco; o para proteger el secreto de las relaciones abogado/cliente, o el de los ministros del culto, o el de los funcionarios públicos; o la regla que establece la prohibición de admitir y valorar la prueba ilícitamente obtenida.

La vinculación de las reglas sobre la prueba a la protección de valores jurídicos merece dos observaciones.

<sup>7</sup> Existen casos —escribe J. Rawls— en los que admitimos como deber el no decidir atendiendo a la verdad, aun cuando fuera fácilmente accesible, precisamente para respetar un derecho, o para promover bienes o valores elevados, o para ambas cosas a la vez (*El liberalismo político*, trad. de A. Domènech, Barcelona, Crítica, 1996, pp. 253 y 254).

La primera es que la garantía de valores jurídicos importantes no es sólo el sentido de las reglas jurídicas sobre la prueba, sino que constituye también su *razón justificatoria*. Es obvio, en efecto, que las normas jurídicas que regulan la prueba, al limitar o restringir la esfera de las reglas de racionalidad empírica, pueden menguar o incluso anular las posibilidades de averiguación de la verdad, y en esta medida sólo estarán justificadas cuando vengan exigidas por la necesidad de preservar o garantizar valores o intereses que en el contexto jurídico se consideran dignos de protección. Por el contrario, si las reglas sobre la prueba no sirven a ningún valor, o si el valor al que sirven no tiene entidad suficiente, entonces, en la medida en que sí interfieren en el esquema de racionalidad empírica propio de la *freedom of proof*, su justificación será débil o nula.

La segunda observación —vinculada a la anterior— es que si una norma sobre la prueba está justificada (porque la restricción que introduce en el sistema de prueba libre es necesaria para proteger algún valor importante en el contexto jurídico), entonces cualquier debilitamiento en la realización de la regla es, desde el punto de vista jurídico (no, desde luego, desde la perspectiva de la racionalidad empírica), censurable.

Que las normas restrictivas que regulan la prueba se orienten a (y se justifiquen en) la preservación de valores jurídicos que se consideran importantes pone de relieve que la regulación del fenómeno probatorio está muy vinculada a la cultura jurídica del sistema de que se trate, y por consiguiente pone de relieve su contingencia y re-

latividad. Es obvio, pues, que la intensidad y el alcance de la regulación puede variar de sistema en sistema. Sin embargo, precisamente por ese fundamento o vínculo axiológico de las reglas sobre la prueba cabe observar que los ordenamientos que se inspiran en una misma cultura jurídica, y que por consiguiente auspician y promueven los mismos valores, tienden a reproducir limitaciones y restricciones probatorias semejantes. Esto es lo que sucede particularmente con la regla de exclusión de la prueba ilícita, que está presente en todos los sistemas jurídicos que se insertan en el constitucionalismo liberal. Vale la pena comentar su fundamento, alcance y excepciones, porque en los últimos años, y a raíz de lo que algunos han denominado proceso de "norteamericanización" de esta regla de exclusión,<sup>8</sup> consistente en la progresiva articulación de excepciones a la misma, se aprecia en este ámbito un repliegue (acaso jurídicamente injustificado) hacia el sistema de la *freedom of proof*. Pero con ello se debilita de manera espectacular la garantía de los derechos que la regla de exclusión incorpora.

## II. LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

### 1. Definición

Es prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de garantías constitucionales (como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comu-

<sup>8</sup> Miranda Estrampes, M., "La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación", *Jueces para la Democracia*, 47, 2003, p. 54.

nicaciones: por ejemplo, el acta de entrada y registro practicada sin consentimiento del titular o resolución judicial, o la transcripción de unas escuchas telefónicas practicadas de la misma manera); o lesionando derechos constitucionales (como el derecho a la defensa: así, la declaración del imputado sin haber sido informado de sus derechos); o a través de medios que la Constitución prohíbe (por ejemplo, la confesión arrancada mediante tortura, que vulnera el derecho a la integridad física, o una coacción para obtener declaraciones sobre "ideología, religión o creencias", proscrita por el derecho a la libertad ideológica y de conciencia). En definitiva, y por simplificar, *es ilícita la prueba obtenida en violación de derechos fundamentales*. Estamos hablando pues de un tipo de *prueba inconstitucional*,<sup>9</sup> y los derechos constitucionales que más veces suelen provocar ilicitud probatoria son el derecho a la integridad física y moral (y la consiguiente prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes), el derecho del detenido a ser informado de sus derechos, a no declarar y a la asistencia letrada, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. Por lo demás, aunque la ilicitud probatoria tiene lugar normalmente en la fase preliminar o de investigación, puede producirse también en el juicio oral; así sucede cuando el testigo no es advertido de

<sup>9</sup> De hecho, *prove incostituzionali* es el término acuñado por la Corte Costituzionale italiana desde la sentencia 34/1973 para referirse a este tipo de pruebas. La denominación, de todos modos, no es uniforme, y no es infrecuente que se haga referencia a la prueba ilícita con las expresiones *prueba ilegal*, *prueba ilegítimamente obtenida*, *prueba constitucionalmente ilícita*, *prueba prohibida* y otras similares.

que tiene derecho a no declarar por razones de parentesco.<sup>10</sup>

La exclusión de la prueba ilícita supone la imposibilidad de admitirla y valorarla; o sea, su inutilizabilidad en el proceso, o si se quiere, su nulidad. Pero la prueba ilícita es sólo un *supuesto particular de prueba nula*, porque nula puede ser también la prueba obtenida vulnerando otras reglas legales de formación y adquisición de la prueba. En todo caso es evidente que esta importante regla de exclusión merma las posibilidades de averiguación de la verdad en el proceso. De hecho, la exclusión de prueba ilícita es reflejo de una ideología jurídica comprometida con los derechos fundamentales y en virtud de la cual —como suele decirse— “la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio”, en particular al precio de vulnerar derechos.

## 2. Alcance de la regla de exclusión: el efecto reflejo o la prueba ilícita indirecta

Es evidente que la regla comentada supone la exclusión de las pruebas *directamente* obtenidas a partir del acto que lesiona derechos fundamentales: excluye la declaración de los policías que practican un registro que lesiona la inviolabilidad del domicilio, o la transcripción de unas conversaciones telefónicas interceptadas lesionando el derecho al secreto de las comunicaciones. Pero tiene además un *efecto reflejo*: también son ilícitas las pruebas indirectamente obtenidas a partir de la le-

<sup>10</sup> Cfr. Díaz Cabiale J. A. y Martín Morales, R., “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, *Jueces para la Democracia*, 43 2002, p. 42.

sión de un derecho fundamental. Se trata, más exactamente, de las pruebas lícitamente practicadas a partir de las informaciones obtenidas mediante una prueba ilícita, lo que se denomina *prueba ilícita indirecta o derivada*. Constituyen ejemplos de estas pruebas la transcripción de unas conversaciones telefónicas interceptadas (cumpliendo con todos los requisitos) a raíz de la información obtenida en un registro que lesiona la inviolabilidad del domicilio; o la declaración del policía que aprehendió un alijo de droga cuya existencia conoció a raíz de la lesión del secreto de las comunicaciones; o la prueba lícitamente practicada a raíz de la información obtenida mediante tortura de un detenido.

En realidad, este efecto reflejo o efecto dominó<sup>11</sup> de la prueba ilícita (o lo que es lo mismo, el reconocimiento de la prueba ilícita indirecta o derivada) no es sino una manifestación de lo que la doctrina norteamericana ha llamado la teoría de los *frutos del árbol envenenado* (*the fruit of the poisonous tree doctrine*), que expresa la nulidad de todo aquello que trae causa de un acto nulo y que hay que llevar hasta sus últimas consecuencias: es nula toda prueba obtenida directa o indirectamente con violación de los derechos y libertades fundamentales.<sup>12</sup> Así, si a través de unas escuchas telefónicas que interceptaron una conversación sin que existiera autorización judicial para ello se obtiene información que estimula una diligencia de

<sup>11</sup> *Efecto dominó* es el término empleado en algunas ocasiones por la Sala Segunda del Tribunal Supremo español. Por ejemplo, en sentencia de esta Sala del 6 de octubre de 1999.

<sup>12</sup> Esta tesis fue establecida por primera vez en *Wong Sun vs. United States*, 371 US 471 (1963).

entrada y registro domiciliario en la que se encuentran ciertas pruebas, esas pruebas, según esta posición, también deben considerarse nulas, pues traen causa de una prueba nula. Y es que si se negara el efecto reflejo la garantía de los derechos constitucionales quedaría muy debilitada, pues al aceptar en el proceso la prueba indirectamente obtenida se estaría dando cobertura (e incluso incitando) a la lesión de los derechos. El reconocimiento del efecto reflejo no obedece, pues, a ninguna concesión "supergarantista",<sup>13</sup> sino que es tan sólo una consecuencia más de la especial posición que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento y de la consiguiente necesidad de garantizar contundentemente su eficacia.<sup>14</sup>

Por último, conviene llamar la atención sobre el hecho de que, aunque quizá sea en el proceso penal donde más importancia adquiere la garantía de los derechos, la regla de exclusión de la prueba ilícita no se circunscribe (o no tiene por qué) a ese concreto proceso, sino que alcanza a todos: abarca pues el proceso penal, pero también el civil, el laboral y el contencioso-administrativo. Y ello porque si el sentido de la regla es garantizar los derechos (por encima incluso de la averiguación de la verdad), esa necesidad de garantía se impone en

<sup>13</sup> Como "generosidad garantista" califica, en cambio, el reconocimiento del efecto reflejo M. I. Velayos, "Los límites a la investigación penal: teoría general de la limitabilidad de los derechos fundamentales en el proceso penal. La prueba prohibida", *Iustel.com*.

<sup>14</sup> En la doctrina española sostienen esta tesis, entre otros, Asencio Mellado, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, Trivium, 1989; González Cuéllar, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales*, Madrid, 1990, y Díaz Cabiale, J. A. y Martín Morales, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, Civitas, 2001.

todo caso, con independencia del tipo de proceso al que se pretendan incorporar (o se incorporen) las pruebas ilícitamente obtenidas.<sup>15</sup>

En suma, la regla de exclusión de la prueba ilícita constituye una auténtica garantía de los derechos fundamentales que alcanza a todos los procesos, y mediante la cual no sólo se excluyen las pruebas que derivan directamente de la lesión de un derecho, sino también aquellas otras que derivan indirectamente de la misma.

### 3. *Fundamento jurídico de la regla de exclusión*

La prohibición de prueba ilícita no requiere regulación legislativa expresa, sino que deriva directamente de la Constitución por la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y su condición de inviolables. Dicho de otro modo, la regla de exclusión de la prueba ilícita deriva de la Constitución porque el objeto de ésta es la protección del pueblo contra actuaciones arbitrarias como las que tienen lugar cuando la policía viola derechos.<sup>16</sup> Pero existen al menos dos modos de

<sup>15</sup> El derecho español refleja también este extenso alcance de la regla de exclusión, que tras su reconocimiento legal en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en 1985, se ha ido incorporando sucesivamente a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 790.2), a la Ley de Procedimiento Laboral (artículo 90.1) y a la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 283.3, 287 y 433.1). De hecho, la inicial "construcción" jurisprudencial de la regla en la STC 114/1984 tuvo lugar en el marco de un proceso laboral por despido.

<sup>16</sup> Ésta es la argumentación que se daba en *Weeks vs. United States*, [232 US 383 (1914)], que pasa por ser el pronunciamiento del Tribunal Supremo de Estados Unidos que da origen a la regla de exclusión.

articular este fundamento constitucional de la regla que pueden acarrear consecuencias distintas para su fortaleza.

*A. El derecho a un proceso con todas las garantías*

Puede sostenerse, por un lado, que la regla de exclusión de la prueba ilícita está directamente alojada en el derecho constitucional al proceso debido (el *due process of law*). Lo que se sostiene, con más precisión, es que dicha regla es la expresión de una garantía implícita en el sistema de los derechos fundamentales, pues la posición preferente que ocupan en el ordenamiento exige rechazar toda prueba obtenida con lesión de los mismos, y que esa garantía se plasma en el derecho al debido proceso. O en otros términos, la regla de exclusión es la plasmación del modelo constitucional de proceso que garantiza el derecho al debido proceso: no puede entenderse garantizado el debido proceso si se admite la prueba lograda a través del menoscabo de derechos e intereses a los que la Constitución otorga un valor preferente, pues ello implicaría la ignorancia de las garantías propias del proceso.<sup>17</sup>

La idea de que la admisión de prueba ilícita implica contradicción con el derecho a un proceso justo ha sido afirmada por el TEDH.<sup>18</sup> Y más o menos ésta es también la tesis sostenida "en princi-

<sup>17</sup> Véase Díaz Cabiale, J. A. y Martín Morales, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., nota 14, pp. 27 y ss.

<sup>18</sup> Caso *Schenk contra Suiza*, sentencia del 12 de julio de 1988, fundamento de derecho 1, A).

pio”<sup>19</sup> en el derecho español, donde el Tribunal Constitucional ha establecido que la regla de exclusión comentada no se halla explícitamente proclamada por ningún precepto constitucional, ni tiene lugar en virtud del derecho originariamente afectado, sino que expresa una *garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales*, cuya posición preferente e inviolabilidad exigen que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso; y más concretamente, que la admisión de la prueba ilícita supondría una *infracción del derecho a un proceso con todas las garantías* y a la igualdad entre las partes en el juicio. Así lo señalaba ya la STC 114/1984, del 29 de noviembre, que reconocía por primera vez esta regla de exclusión en nuestro ordenamiento, pero ese fundamento ha sido reiterado en otros pronunciamientos posteriores.<sup>20</sup> En suma, la

<sup>19</sup> “En principio” porque, como después se dirá, en los últimos años se ha venido produciendo un debilitamiento de la regla que corre paralelo a su progresiva reubicación en los derechos fundamentales originariamente lesionados.

<sup>20</sup> “Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de “inviolables” (artículo 10.1, CE) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental” (STC 114/1984, FJ 4).

“La recepción procesal [de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales] implica la ignorancia de las «garantías» propias al proceso (artículo 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro” (STC 114/1984, FJ 5).

regla de exclusión se configura en el derecho español como una *garantía constitucional de naturaleza procesal* residenciada en el derecho a un proceso con todas las garantías.

### B. *La tesis del efecto preventivo o disuasorio de la exclusión*

Pero puede sostenerse también que la regla de exclusión de la prueba ilícita no tiene su fundamento constitucional en un concreto derecho, ni viene implícita y directamente exigida por la Constitución como la única salvaguarda efectiva de los derechos constitucionales, sino que su fundamento reside en la necesidad de producir un efecto preventivo o disuasorio sobre las conductas que lesionan derechos. Esto es lo que sucede en Estados Unidos.

En la jurisprudencia norteamericana, en efecto, la justificación canónica de esta *exclusionary rule*, desde mediados de la década de los setenta del pasado siglo y hasta la fecha, no reside en un supuesto derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada, sino en la necesidad de disuadir de la violación de los derechos (*deterrent effect*); y por ser más precisos, en la necesidad de disuadir de futuras lesiones de derechos constitucionales por parte de los poderes públicos y singularmente de la policía. En palabras ya clásicas en la jurisprudencia

"De las garantías procesales establecidas en el artículo 24 CE resulta una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas mediando lesión de un derecho fundamental" (STC 86/1995, FJ 2).

Son numerosas las sentencias del Tribunal Constitucional que reiteran este fundamento jurídico de la regla de exclusión de prueba ilícita. Véase, más recientemente, SSTC 81/1998, FJ 2, 50/2000, FJ 4, 69/2001, FJ 26, 28/2002, FJ 4 y 22/2003, FJ 10.

dencia del Tribunal Supremo norteamericano, “la regla está calculada para evitar, no para reparar. Su propósito es disuadir —imponer el respeto de la garantía constitucional de la única manera efectivamente disponible— mediante la remoción del incentivo para ignorarla”.<sup>21</sup>

Al resaltar que la justificación de la regla de exclusión es la producción de un efecto disuasorio no se pretende desde luego afirmar que esta regla no tenga ningún anclaje constitucional: lo tiene, por ejemplo, en la decimocuarta enmienda, que consagra el derecho al proceso debido. Lo único que quiere decirse es que no existe en Norteamérica ningún derecho fundamental que aloje (o exija) la regla de exclusión, sino que ésta es tan sólo un instrumento procesal de creación jurisprudencial diseñado para garantizar los derechos fundamentales a través de su efecto disuasorio. Así de claramente se expone en la sentencia dictada en *United States vs. Calandra*, en 1974,<sup>22</sup> que frente a la etapa precedente, donde esta *exclusionary rule* había sido calificada a veces como una norma de fundamento constitucional directo exigida implícitamente por la *Bill of Rights* por ser la única salvaguarda efectiva de los derechos de los ciudadanos frente al abuso del poder de la policía,<sup>23</sup> produce ahora

<sup>21</sup> *Elkins vs. United States*, 364 US. 206 (1960), p. 206. Véase también *Mapp vs. Ohio*, 367 US 643 (1961), o *Linkletter vs. Walker*, 381 US. 618 (1965), p. 613. En estos pronunciamientos, la necesidad de disuadir conductas impropias futuras se iba convirtiendo ya en la justificación principal de la regla de exclusión, aunque este fundamento no se consolidaría hasta más tarde.

<sup>22</sup> 414 US 338 (1974).

<sup>23</sup> En esta etapa, en efecto, el Tribunal Supremo había sostenido que la regla de exclusión no es una simple medida procesal establecida jurisprudencialmente, sino que emana direc-

una *desconstitucionalización* de la regla de exclusión al afirmar sin ambages que ésta es un simple instrumento disuasorio creado por la jurisprudencia, y que, por tanto, en cualquier momento podría ser sustituido por otro remedio, bien por obra del legislador, bien por iniciativa de decisiones judiciales posteriores. E igual de claramente se expone esta doctrina en la sentencia dictada en *United States vs. Janis*, en 1976, donde se insiste en que el principal propósito, si no el único, de la exclusión de las pruebas ilícitas es evitar futuras conductas policíacas ilícitas.<sup>24</sup>

Ahora bien, el *deterrent effect* como elemento de justificación de la regla de exclusión es un arma de doble filo, pues permite también formular excepciones a la misma: si se quiere, si no hay *deterrent effect* no hay *exclusionary rule*.<sup>25</sup>

En efecto, si el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita es disuadir de la violación de derechos fundamentales, entonces sólo estará justifi-

tamente de (las enmiendas cuarta, quinta o sexta de) la Constitución, por ser el único medio efectivo para prevenir conductas ilegales, rechazando otros instrumentos alternativos como la acción civil por daños, la acción penal contra los policías involucrados o el control disciplinario administrativo ejercido por el propio cuerpo de policía. Así en *Mapp vs. Ohio*, 367 US 643 (1961).

<sup>24</sup> 428 US 433 (1976). Un estudio detenido del desarrollo de esta *exclusionary rule* en Estados Unidos puede verse en: Salas Calero, L., "Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el derecho procesal de los Estados Unidos", *Revista del Poder Judicial*, núm. 66, 2002, II; asimismo, Fidalgo Gallardo, C., *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Madrid, CEPC, 2003.

<sup>25</sup> De esta concisa —pero contundente— manera sintetizan esta idea J. A. Díaz Cabiale y R. Martín Morales, "La teoría de la conexión de antijuridicidad", *cit.*, nota 10, p. 42.

cada la exclusión cuando *sea necesario* perseguir el efecto disuasorio y cuando *pueda producirse* éste. Cuando, por el contrario, no parezca muy necesario perseguir el efecto disuasorio (como cuando el derecho violado goce de una sólida protección) o cuando sencillamente la disuasión no pueda alcanzarse (como cuando la policía actúa de buena fe) la justificación de la exclusión se debilita y aporta razones a favor de la admisión de la prueba en el proceso. Por eso, la tesis del *deterrent effect* permite sostener en determinados casos que el acto ilícito ya recibe una sanción, por lo que no es necesario un efecto disuasorio adicional, y la prueba debe admitirse. O permite sostener que hay dos bienes en conflicto (el interés público en la obtención de la verdad procesal y el interés en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales) y que hay que *ponderar* en cada caso para dar acogida preferente a uno u otro. De hecho, en relación con la prueba practicada a partir de la información obtenida mediante una prueba ilícita, o en relación con la prueba obtenida mientras se buscaba otra cosa, la tesis del *deterrent* ha permitido a la jurisprudencia norteamericana sostener su admisibilidad en momentos de grave aumento de la criminalidad.

Lamentablemente, la formulación de excepciones a la regla de exclusión (y el consiguiente debilitamiento en la protección de los derechos) no es algo exclusivo de la jurisprudencia norteamericana y de su pregonada tesis del efecto disuasorio. Un fenómeno muy similar ha tenido lugar en la doctrina constitucional española a raíz de la construcción, a partir de la inaugural STC 81/1998, de la artificiosísima doctrina de la *conexión de antijuridicidad*.

### C. *La tesis española de la conexión de antijuridicidad*

La conexión de antijuridicidad es una construcción teórica del Tribunal Constitucional español mediante la cual se pretende explicar cuándo deben ser excluidas del proceso y cuándo no las pruebas obtenidas a raíz de la lesión de un derecho fundamental. Esta tesis parte del presupuesto de que no toda prueba obtenida a partir de la lesión de un derecho ha de ser considerada ilícita y por tanto excluida. Lo será sólo en determinadas circunstancias, y de estas circunstancias da cuenta justamente la doctrina de la "conexión de antijuridicidad".

En realidad, con la tesis de la conexión de antijuridicidad lo que pretende el Tribunal Constitucional (y la doctrina que lo secunda) es justificar excepciones a la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, lo cual —aunque obviamente no se verbalice— obedece entre otras cosas a la existencia de una "presión social" en ese sentido. Una presión que se manifiesta especialmente cuando arraiga la sensación de aumento de la criminalidad o de inseguridad ciudadana en general, pues en estos momentos aflora inevitablemente la tensión entre el interés en perseguir y castigar el delito y el interés en garantizar los derechos, en grave detrimento de este último. De todos modos, la doctrina de la conexión de antijuridicidad, en principio, *se proyecta sólo sobre el denominado efecto reflejo* de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Ello significa que por el momento el Tribunal Constitucional sólo se plantea la posibilidad de formular excepciones a la regla *en el ámbito las denominadas pruebas ilí-*

*citas indirectas*, pues llevar esta tesis también al ámbito de las pruebas ilícitas directas equivaldría pura y simplemente a la anulación de la regla de exclusión, y con ello a la desprotección de los derechos fundamentales en uno de los campos (el de la prueba) más proclives a su vulneración. Aun así, y teniendo en cuenta la sólida justificación de la regla de exclusión, vinculada a la protección de derechos fundamentales, formular excepciones a la misma no resulta sencillo, y de ahí los “juegos de artificio” que el Tribunal se ve obligado a realizar para construir su tesis.<sup>26</sup>

La tesis de la conexión de antijuridicidad se articula por primera vez en la STC 81/1998 y se resume en el siguiente planteamiento. Cuando se ha lesionado un derecho fundamental y como consecuencia se han obtenido pruebas, éstas no son inadmisibles en todo caso, sino sólo cuando exista, además de la relación de causalidad, una conexión de antijuridicidad entre la lesión y las pruebas. Es decir, la conexión de antijuridicidad es lo que justifica la aplicación de la regla de exclusión. Cuando, por el contrario, no haya conexión de antijuridicidad entre la lesión del derecho y la prueba, ésta podrá ser incorporada al proceso. Es decir, la ausencia de conexión de antijuridicidad es lo que justifica no aplicar (o excepcionar) la regla de exclusión.

Pues bien, en virtud de esta doctrina, no existe conexión de antijuridicidad (y por tanto cabe utilizar la prueba en el proceso) sólo si concurren dos circunstancias que el Tribunal Constitucional de-

<sup>26</sup> Así lo constatan también Díaz Cabiale, J. A. y Martín Morales, R., “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, *cit.*, nota 10, p. 41.

nomina, respectivamente, perspectiva interna y perspectiva externa. En primer lugar (perspectiva interna), es necesario *que la prueba refleje o derivada o indirecta sea jurídicamente ajena a (o independiente de) la vulneración del derecho*, lo que tendrá lugar cuando el conocimiento obtenido mediante la lesión originaria del derecho no resulte indispensable y determinante para la práctica de la segunda prueba; o sea, cuando la prueba derivada hubiera podido obtenerse normalmente por medios independientes de la lesión del derecho. La apreciación del dato de la "independencia" exige tomar en cuenta circunstancias como la índole y las características de la vulneración originaria del derecho, así como su resultado. En segundo lugar (perspectiva externa), se requiere *que no sea muy necesaria una contundente protección del derecho fundamental afectado por la ilicitud*. La apreciación de este dato habrá de ser hecha considerando la entidad objetiva de la vulneración del derecho cometida, así como la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en dicha vulneración.

En palabras del Tribunal Constitucional:

...para tratar de determinar si esa conexión de anti-juridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho... materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella; pero también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho... exige.

Además —añade— “estas dos perspectivas son *complementarias*, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”.<sup>27</sup>

La tesis de la conexión de antijuridicidad condiciona por tanto la admisión de las pruebas ilícitas indirectas, aparte de a la independencia jurídica entre la lesión del derecho y la prueba derivada, a la inexistencia de necesidades importantes de tutela del derecho lesionado; o sea, suponiendo la independencia jurídica, hay que examinar la concreta lesión del derecho fundamental para ver si la excepcional admisión de la prueba ilícita no afectará demasiado a su contenido esencial y a su necesidad de tutela. La tesis, en este segundo aspecto, formula pues la exclusión en unos términos “preventivos” que recuerdan mucho la doctrina norteamericana del *deterrent effect*. Si se quiere, una vez afirmada la independencia jurídica entre la lesión del derecho y la prueba, la exclusión queda condicionada a las necesidades de disuasión, pero con ello el Tribunal, que inicialmente había configurado la regla de exclusión como una garantía constitucional de naturaleza procesal, ha reformulado su fundamento, acercándose a los pronunciamientos típicos de la jurisprudencia norteamericana-

<sup>27</sup> STC 81/1998, FJ 4, y reiterada en SSTC 49/1999 y 161/1999, FJ 4.

na.<sup>28</sup> De hecho, un año después de la construcción de esta doctrina, la STC 49/1999 muestra ya claramente este viraje en la fundamentación de la regla de exclusión, pues afirma que “en definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, *en ocasiones*, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos”.<sup>29</sup> Ahora bien, obsérvese que la apreciación de las “esenciales necesidades de tutela del derecho”, en ausencia de las cuales estaría justificada la admisión de la prueba ilícita derivada cuando pueda suponerse que entre ésta y la lesión del derecho exista independencia jurídica, remite en realidad a un *juicio de ponderación* entre el interés público en la averiguación de la verdad en el proceso (que se conecta además en muchos casos al interés en reinstaurar la seguridad ciudadana) y el interés en reconocer y garantizar la plena eficacia de los derechos. Y este juicio de ponderación, precisamente por su acusado carácter discrecional, termina dejando en manos del juzgador la concreta garantía de los derechos. Por lo demás, repárese en que según esta doctrina —no importa reiterarlo— la apreciación de la independencia jurídica depende de circunstancias como la índole y las características de la vulneración

<sup>28</sup> Cfr. Sobre el particular Rodríguez Ruiz, B., “El coste de los derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3, 1999, p. 332, y Miranda Estrampes, M., “La regla de exclusión de la prueba ilícita”, *cit.*, nota 8, p. 60.

<sup>29</sup> STC 49/1999, FJ 12o. Cursiva añadida. En esta ocasión, en concreto, el Tribunal Constitucional descarta la eficacia refleja de una lesión al derecho al secreto de las comunicaciones por entender que no había importantes necesidades de disuasión para la tutela efectiva del derecho.

originaria del derecho, así como de su resultado, lo cual remite también a un juicio de notable discrecionalidad.

En suma, la regla de exclusión, de ser inicialmente una garantía constitucional de naturaleza procesal residenciable en el artículo 24.2 de la Constitución (derecho a un proceso con todas las garantías y presunción de inocencia), acaba, por obra de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, convertida en un simple instrumento al servicio de la garantía y eficacia de los derechos fundamentales originariamente lesionados, y por consiguiente muy dependiente de la necesidad y posibilidad de disuadir de la violación de los mismos.<sup>30</sup>

### III. LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN

La doctrina del *deterrent effect* —o, en el caso español, la doctrina de la *conexión de antijuridicidad*— ha permitido construir jurisprudencial y/o doctrinalmente algunas excepciones a la regla de exclusión. Algunas de estas excepciones afectan a la prueba derivada: es el caso de la fuente independiente, el hallazgo independiente y el hallazgo inevitable. Otra, en cambio, afecta a la prueba directa: es el caso de la buena fe. En la medida en

<sup>30</sup> Por eso, en opinión de J. A. Díaz y R. Martín, la teoría de la conexión de antijuridicidad representa "el imposible empeño de extirpar la garantía del artículo 24.2 CE para reubicarla dentro del contenido de cada uno de los derechos fundamentales sustantivos, artículos 15, 17, 18 CE...". Y todo para intentar buscarle excepciones. ("La teoría de la conexión de antijuridicidad", *cit.*, nota 10, p. 42).

que la regla de exclusión de la prueba ilícita es una garantía de salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales, cualquier intento de articular excepciones a la misma constituye una agresión al sistema de protección de los derechos. Por eso merece la pena recordar estas excepciones y considerar su fortaleza o debilidad.

### 1. *La excepción de la fuente independiente*

La excepción de la fuente independiente (*independent source doctrine*) procede de la jurisprudencia norteamericana, y establece que cuando además de la prueba ilícita derivada de una violación de derechos anterior (singularmente una violación por parte de la policía) existen otras pruebas que no traen causa de la primera, sino que derivan en realidad de una fuente independiente en la que la actuación policial haya estado sujeta a todos los requisitos legales, no procederá aplicar la *fruit of the poisonous tree*; es decir, no procederá excluirlas. Lo que se sostiene, en definitiva, es que la prueba obtenida ilícitamente puede no viciar a la restante prueba obrante en la causa, porque es posible que no exista conexión causal entre aquélla y ésta; y la excepción de la fuente independiente consiste justamente en afirmar esa desconexión causal.

Según *Nix vs. Williams*, el fundamento de la doctrina de la fuente independiente radica en que:

El interés de la sociedad en la disuasión de conductas policiales ilícitas y el interés público en que los jurados reciban todas las pruebas de un crimen se ponderan adecuadamente si se pone a la Policía en

la misma posición, no en una posición peor, que en la que hubiera estado si no se hubiese producido la conducta impropia... Cuando las pruebas cuya admisibilidad se ataca provienen de una fuente independiente, la exclusión de tales pruebas pondría a la policía en una posición peor que en la que hubiese estado en ausencia de error o violación.<sup>31</sup>

La doctrina de la fuente independiente, en rigor, no se presenta como una verdadera excepción a la regla de exclusión, pues lo que plantea es que no hay conexión causal entre el acto ilícito y la prueba que se cuestiona, y que por tanto ese caso no entra en el ámbito de aplicación de la regla de exclusión: es decir, allí donde funciona esta doctrina lo que se sostiene es que la prueba no procede de un árbol envenenado, sino de un árbol perfectamente sano. El problema, sin embargo, es que muchas veces se aplica (o corre el riesgo de aplicarse) la doctrina de la fuente independiente allí donde sí existe conexión causal entre el acto ilícito y la prueba cuestionada, pues puede resultar relativamente sencillo calificar como independiente la prueba que realmente no tiene ese carácter. En estos casos habrá funcionado como una verdadera excepción. Así sucede, por ejemplo, en el siguiente (y no infrecuente) supuesto. La policía registra una vivienda sin orden judicial, observa que hay droga, se va y obtiene una orden de registro basada —se alega— en información ajena al registro ilegal. En el segundo registro descubre la droga vista originalmente. El Tribunal considera que la prueba (el hallazgo de la droga) fue producto del segundo registro realizado mediante orden judicial

<sup>31</sup> 467 US 431 (1984), p. 443.

basada en pruebas independientes del primer registro ilegal.<sup>32</sup>

Muy conectada a esta excepción, al punto de que puede considerarse una variante de la misma, está la del nexo causal atenuado.

La excepción del *nexo causal atenuado* (*attenuated connection principle* o *purget taint*) procede también de la jurisprudencia norteamericana, y se cifra en considerar que en determinadas circunstancias el nexo causal entre el acto ilícito y la prueba derivada cuya admisión se cuestiona está tan debilitado que puede considerarse inexistente. Así sucede —según esta doctrina— cuando ha transcurrido mucho tiempo entre el inicial acto ilícito y la prueba derivada, o cuando la cadena causal entre el inicial acto ilícito y la prueba derivada está compuesta de un gran número de eslabones; pero también en el caso de la denominada confesión voluntaria, que constituye el supuesto más característico de la doctrina del nexo causal atenuado.

La *confesión voluntaria* a la que hace referencia esta excepción es la realizada sobre la base de los elementos encontrados mediante la lesión de un derecho. Tomemos el siguiente caso. En un registro inconstitucional<sup>33</sup> en el domicilio de X se halla una cierta cantidad de droga. El acta de entrada y registro constatando este hecho (que se encontró

<sup>32</sup> Así ha funcionado, por ejemplo, en *Segura vs. United States*, 468 US 796 (1984) y en *Murray vs. United States*, 487, US 533 (1988).

<sup>33</sup> Inconstitucional porque se ha realizado sin observar los requisitos exigidos por la Constitución para la protección de la inviolabilidad del domicilio; por ejemplo, sin autorización judicial ni consentimiento de su titular.

droga en el domicilio de X) es nula, por lo que no puede incorporarse al proceso como prueba, pero más tarde X confiesa que la droga es suya y —ahora sí— esa confesión se considera válida y se incorpora al proceso. En línea de principio la confesión no debería considerarse válida, pues hay un nexo causal entre el registro inconstitucional y la confesión, de manera que en ausencia de aquél no se hubiera producido ésta: de no haberse registrado la vivienda no se habría hallado la droga; de no haberse hallado la droga no se le habría detenido ni se le habría tomado declaración; si no se le hubiera tomado declaración nunca habría reconocido la tenencia de la droga. Pero lo que se argumenta —y esta es la trama de la excepción— es que el nexo causal entre el registro y la confesión está jurídicamente muy debilitado o incluso roto por el hecho de que X ha confesado rodeado de todas las garantías (en presencia de su abogado y habiendo sido advertido de sus derechos), y por tanto que lo ha hecho “libre y voluntariamente” y no como fruto de coerción o compulsión alguna; es decir, ha confesado cuando podía no haberlo hecho, lo que en cierto modo independiza la confesión del acto lesivo del derecho. En suma, lo que se sostiene es que la confesión tiene un elemento de voluntariedad que la independiza jurídicamente de la lesión del derecho fundamental, por lo que no está justificado excluirla del proceso.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Esta excepción se aplicó ya en 1963 en el caso *Wong Sun vs. United States* (371 US. 471 (1963)). En este caso el acusado fue arrestado ilegalmente, llevado a la comisaría, donde prestó declaración, y posteriormente fue puesto en libertad. Pero poco después volvió a comisaría por propia iniciativa y, tras ser informado de sus derechos, confesó ser culpable de

La excepción de la confesión voluntaria, como en general toda excepción que se reconduzca a la idea del nexo causal atenuado, es, sin embargo, una construcción criticable y desde luego duramente criticada.

La debilidad de la argumentación se advierte con facilidad. En primer lugar, porque parece evidente que si el confesante hubiera sabido que lo obtenido con violación de derechos no tendría ningún valor en el proceso seguramente no habría confesado; por tanto, la supuesta "voluntariedad" de la confesión debe ser puesta en cuarentena. Pero es que, además, incluso al razonar del modo en que se hace (en el ejemplo que hemos puesto,

los hechos investigados. La Corte Suprema Federal consideró que, pese a existir una relación causal entre el inicial registro ilegal y la confesión posterior, la voluntariedad de la confesión y el hecho de que el acusado fuera advertido de sus derechos debilitaba (o rompía) esa cadena causal. Tomo la información de Fidalgo Gallardo, C., *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, cit., nota 24, pp. 440 y ss.

En la jurisprudencia constitucional española, la excepción de la confesión voluntaria había aparecido ya en la STC 86/1995, que atribuía a esta prueba la condición de "prueba jurídicamente independiente", pero será después, al calor de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, cuando cobren renovados bríos. Aparecen esta excepción, por ejemplo, las SSTC 161/1999, 239/1999 y 8/2000, que recuerdan que la confesión voluntaria del acusado sobre los hechos que se le imputan "permite, desde una perspectiva interna, dar por rota jurídicamente cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. Y a su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración... atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria" (STC 161/1999, FJ 4). La excepción es la misma que se venía aplicando antes de 1998, pero ahora se reformula al hilo de la conexión de antijuridicidad.

al sostener que la confesión no es el resultado del registro practicado) se incurre inevitablemente en contradicción. Ello es así porque, por una parte, se sostiene que el registro es nulo, y en consecuencia no produce efectos probatorios de ninguna clase; pero, por otra parte, al concluir que la confesión del inculpado basta para admitir la tenencia de la droga, se le está dando validez al registro. Y esto último por varias razones. Primero porque, en su declaración, al acusado se le está preguntando por una pieza de convicción que sólo podría existir (jurídicamente) gracias al registro, luego se le está dando validez.<sup>35</sup> Segundo, porque sólo con la declaración autoinculpatoria del acusado (es decir, en ausencia de cualquier otro elemento probatorio, y particularmente en ausencia de las piezas de convicción derivadas del registro) es casi seguro que no se podría dictar sentencia condenatoria, luego parece que se están tomando en consideración las piezas de convicción derivadas del registro.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> En efecto, de no darle validez al registro (como debería ser, de acuerdo con la ilicitud de la prueba) "no se entiende con base a qué fuente de información podría ni siquiera formularse por la acusación al imputado pregunta alguna acerca de algo jurídicamente inexistente". Andrés Ibáñez, P., "La función de las garantías en la actividad probatoria", en AAVV., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1993, p. 240. Se reitera esta misma crítica en STS del 17 de enero de 2003, de la que también fue ponente P. Andrés Ibáñez.

<sup>36</sup> Justamente con el afán de sortear la contradicción que supone admitir al proceso unos hechos (los resultantes de la lesión del derecho y sobre los que después se formulan las preguntas de la declaración) que jurídicamente no existen (porque el registro es nulo de pleno derecho), el Tribunal Constitucional español ha tenido que recurrir al rocambolesco expediente de

## 2. *Las excepciones del descubrimiento independiente y del descubrimiento inevitable*

Muy próximas a (o incluso inspiradas en) la excepción de la fuente independiente se hallan las excepciones del descubrimiento independiente y del descubrimiento inevitable. La excepción del *descubrimiento independiente* o del *descubrimiento probablemente independiente* es construida inicialmente por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y sostiene que cuando la prueba cuestionada se ha obtenido de dos fuentes, de las cuales una está viciada y la otra no, no se aplicará la doctrina de los frutos del árbol envenenado.<sup>37</sup> Esta excepción, reconocida también por la jurisprudencia constitucional española al calor —de nuevo— de la jurisprudencia constitucional estadounidense,<sup>38</sup> hace referencia por tanto a aquellos supues-

distinguir entre el *plano jurídico* (que comporta la exclusión del proceso de las piezas de convicción halladas: la droga, en nuestro ejemplo) y el *plano fáctico* (consistente en afirmar que el hecho de haberse encontrado droga en el registro no puede borrarse del mundo —ni del proceso—). Con sus propias palabras: ha tenido que admitir que “lo hallado en un registro verificado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio no ha de tenerse por inexistente en la realidad y puede ser incorporado de forma legítima al proceso por otros medios de prueba” (SSTC 161/1999, FJ 2 y 149/2001, FJ 6). No parece necesario añadir ningún comentario más al respecto. *Cfr.* Estas y otras duras críticas en Díaz, J. A. y Martín, R., “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, *cit.*, nota 10, p. 46. Y Miranda Estrampes, M., “La regla de exclusión de la prueba ilícita”, *cit.*, nota 8, pp. 57 y 58 y pp. 61 y ss.

<sup>37</sup> Esta es, por ejemplo, la doctrina de *Siverthone Lumber Co. vs. United States*, 251 US 385 (1920). También en *United States vs. Markling* 7 F3rd 1309 (7 Circ.1993).

<sup>38</sup> La primera aplicación de esta excepción tuvo lugar en la STC 81/1998, que arma la doctrina de la conexión de antijuri-

tos en que se considera que la lesión del derecho no ha sido la única causa de la obtención de la prueba que se cuestiona, pues "existen líneas de investigación en marcha no viciadas de inconstitucionalidad a las que cabe, razonablemente, atribuir la responsabilidad del hallazgo de la prueba. La prueba controvertida se admite, pues, porque hay motivos para creer que... suprimida mentalmente la violación del derecho fundamental, la prueba hubiese sido obtenida razonablemente de la misma forma".<sup>39</sup> En terminología del Tribunal Constitucional español, la excepción se basa en considerar que los datos probatorios obtenidos a partir de la lesión al derecho fundamental son "neutros" (*sic*), en el sentido de que no han sido ni indispensables ni determinantes para la práctica de la prueba derivada; o, lo que es lo mismo, que esa prueba se hubiera obtenido igualmente sin la vulneración del derecho.<sup>40</sup>

Por su parte, la excepción del *descubrimiento inevitable* (*inevitable discovery exception*) es también creación de la jurisprudencia norteamericana, y fue asumida por primera vez por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Nix vs. Williams*.<sup>41</sup> Esta excepción, a la que se denomina a veces la doctrina de la *fuentes independiente hipotética* (*hypothetical independent source doctrine*),

dididad, pero después ha tenido continuidad en otros pronunciamientos, por ejemplo, en las SSTC 171/1999 y 238/1999.

<sup>39</sup> Gálvez Muñoz, L., "La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales", *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 10 (2003), p. 186.

<sup>40</sup> STC 81/1998, FJ 5o.

<sup>41</sup> 467 US 431 (1984). La excepción fue asumida también por el Tribunal Supremo español ya antes de la creación de la tesis de la conexión de antijuridicidad.

se cifra en argumentar que las pruebas resultantes de la lesión del derecho (por ejemplo, la información contenida en la cinta magnetofónica que se ha obtenido lesionando el derecho a la privacidad de las comunicaciones), que sólo por eso deberían ser excluidas del proceso, pueden ser incorporadas al mismo porque aunque no se hubieran descubierto a través de la violación del derecho se habrían descubierto inevitablemente por otras vías lícitas. Normalmente lo que se sostiene (y en eso consisten esas "otras vías") es que la policía tenía en marcha una investigación paralela que habría conducido indefectiblemente al descubrimiento de esos hechos.<sup>42</sup>

La excepción del descubrimiento probablemente independiente se ha hecho merecedora de críticas, pues es difícil determinar en cada uno de los casos examinados qué papel jugaron en la práctica de la prueba derivada los datos e informaciones obtenidas a partir de la lesión del derecho, y qué papel jugaron las observaciones derivadas del seguimiento policial que se venía desarrollando. Por eso "resulta aventurado atribuir al dato obtenido con la intervención [lesiva del derecho] un papel meramente accesorio".<sup>43</sup> Y aún cabe formular críticas más contundentes a la excepción del descubrimiento inevitable, pues se basa en un juicio meramente conjetural o hipotético, es decir, en lo que pudo haber pasado y no pasó, por lo que resulta difícilmente admisible desde la perspectiva del de-

<sup>42</sup> Sobre esta excepción, *cfr.* Fidalgo Gallardo, C., *Las pruebas ilegales...*, *cit.*, nota 24, p. 443 y Salas Calero, L., "Aspectos materiales y procesales"..., *cit.*, nota 24.

<sup>43</sup> Miranda Estrampes, M., "La regla de exclusión de la prueba ilícita", *cit.*, nota 8, p. 64.

recho a la presunción de inocencia, que exige ser desvirtuada con datos plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita.<sup>44</sup>

### 3. *La excepción de la buena fe*

Con todo, las excepciones comentadas, que afectan a la prueba indirecta o derivada, no constituyen ni el único ni el más grave peligro para la regla de exclusión y, por consiguiente, para la protección de los derechos constitucionales que constituye su objetivo. El mayor peligro lo representa el riesgo de contagio (o de extensión) a la prueba directamente obtenida a partir de la lesión de un derecho; o sea, la posibilidad de que también se terminen formulando excepciones a la exclusión de las pruebas directas. Y obsérvese que si ese paso se diera significaría el propio cuestionamiento de la regla.

Este gran paso hacia la destrucción de la regla de exclusión —que puede resumirse en que “*no es absolutamente inexorable la exigencia de que en cualquier supuesto y al margen de cualquier otra consideración sea excluida la prueba ilegítimamente obtenida*”—<sup>45</sup> ya se ha dado con el reconoci-

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 59. También resaltan el carácter meramente hipotético del juicio que debe realizar el órgano jurisdiccional; Díaz Cabiale, J. A. y Martín, R., “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, *cit.*, nota 10, p. 47, y *La garantía constitucional...*, *cit.*, nota 14, p. 88. Esta y otras críticas en Salas Calero, L., “Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio...”, *cit.*, nota 24.

<sup>45</sup> Tomo la afirmación del voto particular de P. Cruz Villalón —entonces presidente del Tribunal Constitucional español— a la STC 49/1999, que ya anunciaba claramente la disposición del Tribunal a no aplicar inexorablemente la regla de exclusión ni siquiera en los supuestos de pruebas directamente obtenidas en la lesión del derecho.

miento de la excepción de buena fe de los agentes de la policía.

Esta excepción (la *good faith exception*) fue creada por la jurisprudencia norteamericana en 1984 en la sentencia que resuelve el caso *United States vs. Leon*. En ella se afirma que no procede aplicar la *exclusionary rule* cuando la policía haya obtenido pruebas en un registro efectuado de buena fe con una autorización inválida (por contener un vicio oculto) pero aparentemente correcta; es decir, cuando haya actuado en la creencia de que la orden judicial que autoriza el registro era válida. Esta doctrina se completará en 1987 con la sentencia *Illinois vs. Krull*, que extiende la excepción de buena fe de *Leon* a los supuestos en que la policía ha realizado el registro apoyándose en una ley posteriormente declarada inconstitucional, y en 1995 con la *Arizona vs. Evans*, que extiende la excepción a los supuestos en que la policía ha actuado sobre la base de errores cometidos por el personal de apoyo del Poder Judicial. La justificación de la excepción de buena fe es que en estos casos —según el Tribunal Supremo— la aplicación de la regla de exclusión no tendría ninguna eficacia disuasoria, pues, debido a la apariencia correcta de la autorización, el agente actuó en todo momento convencido de la corrección de su proceder.<sup>46</sup> Cualquier policía, en el futuro, actuaría de la misma forma.

En España, la excepción de buena fe policial ha sido introducida por la reciente STC 22/2003, a

<sup>46</sup> *United States vs. Leon*, 468 US. 897 (1984), *Illinois vs. Krull*, 480 US. 340 (1987) y *Arizona vs. Evans*, 514 US 1 (1995). Un análisis de esta excepción en Salas, L., "Aspectos materiales y procesales...", *cit.*, nota 24; y C. Fidalgo Gallardo, *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule...*, *cit.*, nota 24, pp. 444 y ss.

propósito de un caso donde se cuestiona la licitud de la información contenida en el acta de entrada y registro que la policía realizó en el domicilio de un detenido sin que mediara su consentimiento ni autorización judicial, sino sólo el consentimiento de la esposa, a la sazón denunciante. El Tribunal Constitucional aduce que “según el estado de la interpretación del ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro”, el consentimiento de la esposa aparecía “como habilitación suficiente para llevarlo a cabo conforme a la Constitución”. Es decir, que no existió dolo o culpa (o mala fe) en dicho registro, pues los agentes policiales que lo practicaron actuaban en la creencia de estar obrando lícitamente. Por ello —concluye— “la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto”. En suma —continúa el Tribunal— “en casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución... la exclusión de la prueba [en este caso, el hallazgo de una pistola] se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar”.<sup>47</sup>

#### IV. CONCLUSIÓN: EL REPLIEGUE HACIA LA FREEDOM OF PROOF

Parece pues, que incluso en los sistemas de *civil law*, más formalistas y más proclives en principio a

<sup>47</sup> STC 22/2003, FJ 10o.

la reglamentación de la prueba, se está culminando un proceso de repliegue más que cuestionable hacia el sistema de la *freedom of proof*; un proceso que está muy vinculado al reconocimiento del *deterrent effect* como justificación de la regla de exclusión y que se traduce en la paulatina introducción de limitaciones a su ámbito de aplicación.<sup>48</sup> Bien es verdad que ese repliegue no es sólo ni fundamentalmente consecuencia "técnica" de la asunción del efecto disuasorio como fundamento de la regla de exclusión, sino que más bien obedece a la convicción de que la rígida aplicación de la regla tendría un impacto nocivo sobre la confianza de los individuos en el funcionamiento del Poder Judicial, que sobre todo en el proceso penal verían cómo personas aparentemente culpables son exoneradas con base en lo que ellos consideran detalles técnicos de escasa importancia,<sup>49</sup> y en todo caso a concepciones más profundas de filosofía

<sup>48</sup> En España este proceso es sumamente eficaz. La doctrina de la conexión de antijuridicidad, a través de las excepciones de la *confesión voluntaria* y el *descubrimiento probablemente independiente*, ha acabado en la práctica con las pruebas ilícitas indirectas: desde su elaboración, sólo en contadísimas ocasiones ha reconocido el Tribunal Constitucional la eficacia refleja de la prueba ilícita. Pero lo más grave es que a través de la excepción de la *buena fe policial* puede terminar también con las pruebas ilícitas directas; o sea, con la regla de exclusión misma.

<sup>49</sup> Todo parece indicar, sin embargo, que ese "temor" refleja una injustificada alarma. En Estados Unidos, por ejemplo, se ha estimado que aproximadamente unas 10,000 personas acusadas por delitos graves y 55,000 por delitos menos graves han logrado excluir una prueba fundamental de su proceso; pero en la práctica, sin embargo, la exclusión afecta al resultado del caso en pocas ocasiones, Dripps, D., "The Case for the Contingent Exclusionary Rule", 38, *American Criminal Law Review* 1, 2001, nota 50. Tomo la información de Salas, L., "Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio...", *cit.*, nota 24.

política para las que los derechos fundamentales no representan el basamento infranqueable del Estado y del derecho. Prueba de ello es que, entre los defensores de este debilitamiento de la regla de exclusión, hay quienes se muestran críticos incluso con la tesis del efecto disuasorio, por considerar que es demasiado condescendiente con los derechos fundamentales frente a la necesidad de sancionar el delito propio del Estado; quienes consideran que disuadir de la lesión de los derechos inadmitiendo la prueba ilícita es "premiar" al afectado por esa violación, pues para evitar actuaciones de este tipo se podría, si acaso, sancionar al policía que viola el derecho fundamental pero en ningún caso considerar inexistente lo que existe; en definitiva, hay quienes consideran que los derechos fundamentales no son algo intocable o tabú, y que "han de respetarse los de cada persona [pero] cuando es merecedora de ello, en situaciones normales, de actuaciones respetuosas con los derechos fundamentales de los demás".<sup>50</sup>

Obviamente, estas tesis no niegan la importancia de los derechos fundamentales como elemento básico del orden político, pero al resaltar la necesidad de ponderar los derechos con las demandas sociales de justicia y seguridad mitigan (y al extremo, anulan) su trascendencia. Es verdad que esta posición (y el consiguiente repliegue hacia el sistema de libertad de prueba que supone) viene de algún modo respaldada por el propio contexto constitucional, pues —se sostiene— no existe un sistema de prioridades absolutas entre los distin-

<sup>50</sup> Martí Sánchez, N., "La llamada «prueba ilícita» y sus consecuencias procesales", *Actualidad Penal*, núm. 7 (1998), p. 60.

tos bienes y derechos constitucionales, por lo que los eventuales conflictos entre los mismos habrán de ser resueltos mediante un juicio de ponderación a la luz de las circunstancias reales de los casos. Pero también es verdad que el recurso a la ponderación, al dejar ciertas anchuras a la discrecionalidad en la decisión, propicia una “huida hacia delante” en la que los derechos, con demasiada frecuencia, corren el riesgo de quedarse en el camino cediendo el paso a otros valores.<sup>51</sup> No en vano desde estas posiciones se ensalza (o al menos es bien vista) la “marcada evolución del proteccionismo a ultranza del individuo hacia la legitimación de las peticiones sociales”, y desde luego se reconoce que la regla de exclusión “recibirá una interpretación más o menos extensiva, dependiendo del momento histórico en el que se analice, el cual vendrá determinado por el nivel de criminalidad detectable”.<sup>52</sup> Con ello, es evidente, se logra dar primacía al interés público en la represión de la criminalidad y en el mantenimiento de la paz social sobre el reconocimiento de plena eficacia de los derechos. Pero esto está en perfecta contradicción con un modelo procesal-constitucional comprometido no sólo con la averiguación de la verdad, sino también (y de modo condicionante) con la defensa de los derechos; un modelo en virtud del cual —ya se dijo— “la verdad no puede perseguirse a cualquier precio”.

<sup>51</sup> De todos modos, en el proceso penal, pocas dudas caben sobre la admisibilidad de la prueba ilícita que favorece a la defensa; y ello porque el valor de la libertad y el principio de inocencia deben prevalecer sobre la intimidad, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, etcétera.

<sup>52</sup> M. I. Velayos, “Los límites a la investigación penal...”, *cit.*, nota 13.