
LA PROVA IL·LÍCITA: LA REGLA D'EXCLUSIÓ PROBATÒRIA I LES SEVES EXCEPCIONS

MANUEL MIRANDA ESTRAMPES

Fiscal de la Fiscalia davant el Tribunal Constitucional

La protecció dels drets fonamentals i de l'individu davant de la persecució penal de l'Estat té un dels seus indicadors més importants quan es revela el contingut conceptual de la prova il·lícita i el model teòric explicatiu que determina els fonaments, la naturalesa i els efectes de la regla d'exclusió probatòria.

L'autor fa una breu introducció del concepte de *prova il·lícita* i un repàs dels dos grans models teòrics explicatius de la regla d'exclusió probatòria: el nord-americà i l'europeu continental.

Un cop determinades les bases conceptuals, Miranda Estrampes, a partir de l'anàlisi de la jurisprudència, determina que la justícia espanyola bascula lleugerament cap al model nord-americà a l'hora d'aplicar excepcions a la regla d'exclusió probatòria.

Finalment, desglossa totes les excepcions que s'han aplicat fins ara a la regla d'exclusió als Estats Units i com algunes d'aquestes ja inspiren la jurisprudència a l'Estat espanyol.

Protection of basic rights of public prosecution presents one of its main indicators when one reveals the conceptual content of inadmissible evidence and the theoretical model that describes and determines the principles, nature and effects of the rule of suppression of evidence. The author gives a brief introduction to the concept of inadmissible evidence and a review of the two main theoretical models about exclusion of evidence: the North-American and the Continental European theoretical frameworks.

Having laid the conceptual foundations, Miranda Estrampes, through an analysis of jurisprudence, determines that the Spanish legal system swings slightly towards the North-American model when applying exceptions to the rule of suppression of evidence. He finally lists all the exceptions that have been applied to the exclusion rule in the United States to date, and how some of them are already having an impact on the Spanish legal system.

1. LA IL·LICITUD DE LA PROVA

1.1 NOTES INTRODUCTÒRIES

La teoria de la prova il·lícita és potser una de les matèries més complexes en el camp de la dogmàtica processal, però a la vegada és una de les més apassionants, ja que presenta unes implicacions i connotacions constitucionals clares. En analitzar aquesta matèria ens trobem ja amb una primera dificultat derivada de la terminologia diferent que utilitzen tant la doctrina com la jurisprudència, ja que aquesta dista bastant de ser uniforme. És freqüent que s'utilitzin indistintament termes com el de prova prohibida o prohibicions probatòries,¹ prova

1. Aquest terme fou encunyat a principis d'aquest segle per Beling en la seva coneguda obra *Die beweisverbote als grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess* (Les prohibicions probatòries com a

il·legal² o il·legalment obtinguda, prova il·lícita o il·lícitament obtinguda,³ prova inconstitucional,⁴ prova nul·la, prova viciada, prova irregular, o fins i tot el de prova clandestina.⁵ Hi hem d'afegir que aquestes diferències terminològiques impliquen, en molts casos, veritables divergències conceptuais.

Hem de diferenciar entre el principi de legalitat de la prova i el principi de licitud de la prova (Miranda, 2007). El primer significa que els elements de prova s'han d'obtenir i incorporar al procés conforme als principis i normes previstos a la llei. En canvi, el principi de licitud de la prova suposa que tota prova s'ha d'obtenir i practicar amb respecte als drets fonamentals.

Sobre la base d'aquests dos principis i des d'un plànol dogmàtic, amb la finalitat d'introduir certa claredat en aquest tema, hauríem de partir de la diferenciació conceptual de dues categories: prova il·lícita i prova irregular, amb un significat i abast diferents, com desenvolupo a continuació.

1.2 CONCEPTES DE PROVA IL·LÍCITA I DE PROVA IRREGULAR

Per prova il·lícita s'ha d'entendre la prova obtinguda i/o practicada amb vulneració de drets fonamentals. Per contra, prova irregular seria la prova obtinguda,

límits de la investigació de la veritat en el procés penal). No obstant això, en l'actualitat, com posa de manifest Pastor Borgoñón B. (a «Eficàcia en el procés de les proves il·lícitament obtingudes», *Justicia*, núm. II, 1986, p. 338, nota 1), aquesta expressió no deixa de tenir detractors fins i tot en la doctrina alemanya. D'altra banda, Gómez Colomer, J. L. (a *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch, 1985, p. 133, nota 26) ens diu que el terme *prova prohibida* és una traducció incorrecta de l'alemany, ja que la doctrina sempre utilitza aquests termes en plural, sempre es refereix a «prohibicions» de prova, atès que hi ha diversos supòsits i no només un. De totes maneres, com apunta aquest autor, és un nom còmode i gràfic per designar els supòsits en què la prova és inadmissible (il·lícita, en terminologia italiana), és a dir, no es pot practicar, o en què els resultats no poden tenir aplicació, ser aprofitats en el procés. En la nostra doctrina, López Barja de Quiroga, J. (a *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal, 1989, p. 82-83) es decanta pel terme *prova prohibida*, atès que, al seu parer, és més general i abasta tots els supòsits. Les SSTC 128 i 129/1993, de 19 d'abril, també van fer servir el terme *prova prohibida* en referència a les declaracions prestades per l'imputat sense ser advertit de la seva condició.

2. En la nostra doctrina, Huertas Martín, M. I. (a *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999, p. 132-133), dins del concepte *prova il·legal*, aquesta autora inclou els grups següents: a) la prova prohibida o interdicció legal d'utilització de certs mètodes per a la consecució de resultats probatoris, b) la prova obtinguda amb violació dels drets o llibertats fonamentals, i c) la prova irregular, això és, aquella practicada o assumida amb violació o en absència dels requisits processals exigits i/o dels principis que regeixen l'activitat probatòria.

3. Capelletti, M. «Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de la parte». A *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 137.

4. Allena, G. (a «Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale». *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, abril-juny de 1989, fasc. 2, p. 506 i s.), amb menció expressa de la Sentència 34/1973, de 6 d'abril, dictada per la Corte Costituzionale italiana, conceptua la *prova inconstituzionali* com aquella «*prove ottenute attraverso modalità, metodi e comportamenti realizzati in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino garantiti dalla Costituzione...*». Per a aquest autor «*il concetto di incostituzionalità della prova risulta essere una specificazione di quello di sua illicità*».

5. Bernal Cuéllar, J. (a «Intercepción telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal». *Revista Universitaria de Derecho Procesal*. UNED, núm. 4 especial, 1990, p. 396-397) distingeix entre la prova il·lícita i la prova clandestina: l'il·lícit implica una conducta no permesa per la llei, mentre que clandestí és comportament ocult o en termes generals oposat a allò realitzat públicament. Per a aquest autor, ordinàriament, l'únic bé jurídic lesionat per a l'obtenció de la prova clandestina és el dret a la intimitat o privacitat. Segons la meua opinió, la distinció anterior manca d'utilitat als efectes del present treball.

proposada o practicada amb infracció de la normativa processal que regula el procediment probatori però sense afectació nuclear de drets fonamentals.

L'anterior diferenciació conceptual té una enorme repercussió, ja que la regla d'exclusió probatòria i el reconeixement de la seva eficàcia reflexa, que s'exposa més endavant, s'ha de predicar amb exclusivitat de l'anomenada prova il·lícita, mentre que la prova irregular quedaria sotmesa al règim de nul·litat dels actes processals, encara que se n'admetin, en determinats casos, l'esmena i/o convalidació.

Pràcticament tots els ordenaments jurídics de tall acusatori han incorporat una regla d'exclusió probatòria en virtut de la qual no es reconeixen efectes a les proves obtingudes amb vulneració de drets fonamentals (il·licitud probatòria). Ja és clàssica la cita del principi proclamat pel Tribunal Suprem Federal alemany (BGH), en la sentència del 14 de juny de 1960 (BGHS 14, 358, 365) en establir que «no hi ha cap principi de l'Ordenament processal penal que imposi la investigació de la veritat a qualsevol preu». Històricament, en els models penals inquisitius, la invocació de la veritat material, segons la teoria de la dualitat de veritats processals (material i formal), havia servit per justificar l'admissibilitat i validesa de l'anomenada prova il·lícita. Es defensava que tot allò que pogués ser utilitzat per al descobriment de la veritat havia de ser valorat pel jutge per formar la seva convicció fàctica. I com a *raó de reforç* s'invocava, al seu torn, el principi de lliure valoració judicial de la prova en la seva formulació històrica de la íntima convicció. En un context inquisitiu, el descobriment de la veritat material com a fi justificava i emparava la utilització de totes les proves fos quina en fos la forma d'obtenció.

Aquesta manifestació de *maquiavelisme probatori* s'ha d'entendre incompatible amb l'Estat de dret i el reconeixement constitucional dels drets fonamentals. D'una banda, com ja va apuntar Walter (1985), la llibertat d'apreciació probatòria no és equivalent a la llibertat d'utilització. D'altra banda, tal com exposa Gössel (2002, 77), en un Estat de dret, l'interès legítim a un procés penal plenament eficaç troba el límit en l'interès i en la garantia dels drets individuals dels ciutadans. La prohibició de prova, segueix dient el professor alemany, té la missió de tutelar els interessos de l'individu davant la persecució penal de l'Estat.

1.3 FONAMENT DE LA REGLA D'EXCLUSIÓ

Si bé la regla d'exclusió de les proves il·lícites s'ha universalitzat, el cert és que la seva naturalesa, abast i efectes depenen de quina sigui l'explicació que s'ofereixi al voltant del seu fonament. L'anàlisi d'aquest fonament es pot fer des de dos models teòrics explicatius.

1.3.1 Model nord-americà

El primer d'aquests models es caracteritza per la *desconstitucionalització* de la regla d'exclusió (*exclusionary rule*) i és propi del sistema processal penal nord-americà. Tot i que és cert que en origen l'*exclusionary rule* va aparèixer directament vinculada a la IV i la V Esmenes de la Constitució dels Estats Units (cas *Boyd vs. US*, 116 US 616, 1886; i *Weeks vs. US*, 232 US 383, 1914), que prohibeixen,

respectivament, els escorcolls i detencions arbitràries sense que hi hagi *causa probable* i les autoincriminacions involuntàries,⁶ no obstant això, amb el transcurs dels anys la Cort Suprema Federal nord-americana va establir que el seu veritable i únic fonament era dissuadir la policia de dur a terme activitats d'investigació il·lícites (el conegut *deterrent effect*).⁷ Aquest efecte dissuasori es consagra en les sentències dels casos *US vs. Calandra* (414 US 338, 1974) i *US vs. Janis* (433, 1976). En aquesta última s'hi declara que «el propòsit principal de l'exclusió de les proves il·lícites, si no l'únic, és evitar les conductes policials il·lícites» i més endavant s'hi afegeix que «la regla per la qual s'exclou la prova obtinguda en violació de la IV Esmena, tendeix a garantir els drets generalment reconeguts en aquesta Esmena a través d'un efecte dissuasori (de la violació mateixa) i no tant com a expressió d'un dret constitucional subjectiu de la part agreujada...».

Són, per tant, raons pragmàtiques, com destaca en la doctrina espanyola Fidalgo Gallardo (2003, 28), les que fonamenten en el model nord-americà la *exclusionary rule*, adreçada a evitar conductes policials il·lícites en l'obtenció de proves (*deterrence of police misconduct*). Som, per tant, davant d'un remei de creació judicial que no descartaria l'aplicació d'altres remeis alternatius (per exemple, sancions penals o disciplinàries) quan demostrassin una major eficàcia per a la consecució d'aquesta finalitat dissuasòria. Des d'aquesta perspectiva no falten veus autoritzades en la doctrina nord-americana que qüestionen precisament la regla d'exclusió en no estar comprovat empíricament que aquesta tingui realment l'eficàcia dissuasòria de conductes violadores de drets fonamentals que se li atribueix. És cert que amb aquest fonament, com a efecte indirecte, es reforcen els drets reconeguts en les esmenes constitucionals, però no és una exigència constitucional sinó que presenta un caràcter subordinat o merament instrumental, com apunten Díaz Cabiale y Martín Morales (2001, 77).

En coherència amb aquest fonament el Tribunal Suprem Federal nord-americà ha descartat l'aplicació de la pròpia regla d'exclusió quan les proves s'obtinguin per particulars (cas *Burdeau vs. McDowell*, 256 US, 465, 1921) o per agents policials estrangers fora del territori nord-americà (cas *US vs. Verdugo-Urquidez*, 494 US 259, 1990, que no va aplicar l'*exclusionary rule* perquè es tractava de proves obtingudes per la policia mexicana en territori de Mèxic) o, finalment, quan la policia hagués actuat de bona fe (*good faith exception*).

Sent aquest el seu fonament en el model nord-americà, si la pròpia Cort Suprema Federal o el poder legislatiu (Congrés) arribessin a la conclusió que la regla d'exclusió és ineficaç per a la consecució de la seva finalitat en haver-hi altres remeis alternatius més eficaços i adequats, la seva raó de ser desapareixeria i la regla d'exclusió deixaria de ser aplicada, encara que de moment aquesta situació encara no s'ha produït.

6. Sobre el significat i l'abast d'aquestes esmenes vegeu Reed Amar, A. *The Constitution and Criminal Procedure*. Yale University Press, 1997, especialment p. 2 a 88.

7. Una anàlisi de la doctrina jurisprudencial nord-americana es pot veure a Hairabedián, M. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 2002; Fidalgo Gallardo, C. «La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América». *Tribunales de Justicia*, 5, maig 2003; Zapata García, M.F. *La prueba ilícita*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2004.

1.3.2 Model europeu continental

El segon dels models justificatius, característic dels sistemes europeus continentals, almenys en els orígens, reconeix en la regla d'exclusió un component no només ètic, sinó d'origen constitucional. El propi reconeixement de l'Estat de dret, segons la concepció del professor Ferrajoli (1995, 537 i s.), caracteritzat per la funcionalització de tots els poders públics al servei de la garantia dels drets fonamentals i la consagració constitucional d'aquests últims, seria el veritable fonament de la regla d'exclusió de les proves il·lícites.

El Tribunal Constitucional italià es va situar en aquest context justificatiu declarant que les proves obtingudes amb vulneració dels drets fonamentals garantits als ciutadans eren una *prove inconstituzionali*.⁸

D'altra banda, la *teoria de l'entorn jurídic* elaborada pel Tribunal Constitucional Federal alemany es pot considerar com un exponent d'aquest segon model. Segons el professor Roxin (2000a), quan es lesionin prohibicions de producció de la prova, la possibilitat de revisar i, amb això, també la valoració dels resultats probatoris obtinguts, depèn de si la lesió afecta de forma essencial l'àmbit de drets del recurrent o si és només d'una importància secundària o no té cap importància per a ell. No obstant això, aquesta teoria no està exempta de crítiques d'amplis sectors doctrinals, ja que la distinció entre afectació essencial i accessòria de l'esfera jurídica no possibilita la fixació, en seu de revisió cassacional, d'un criteri de delimitació raonable i dóna, de vegades, resultats contradictoris (Gössel, 2002, 85).

Altrament, el Tribunal Constitucional Federal alemany va elaborar la *teoria dels tres cercles o esferes* en atenció al grau d'afectació en l'àmbit de protecció dels drets de la personalitat garantits en l'art. 2.1, en relació amb la dignitat de la persona humana reconeguda en l'art. 1.1, ambdós de la llei fonamental alemanya. Segons aquesta doctrina es reconeix un nucli o àmbit essencial de protecció jurídica de l'esfera privada (privacitat personal) immune a qualsevol ingerència dels poders públics en l'exercici de l'*ius puniendi*. En la segona esfera de protecció, l'admissibilitat de les intervencions estatals dependrà d'una ponderació, amb observança de les exigències derivades del principi de proporcionalitat, entre el dret i la privacitat i els interessos públics que, en l'àmbit de l'*ius puniendi*, són els interessos d'una administració de justícia penal funcional. Entre els criteris que la jurisprudència alemanya maneja en aquest àmbit, adquireix una rellevància important el de la gravetat del delictes objecte d'investigació. A l'últim, en la tercera esfera, les intervencions estatals s'admetrien il·limitadament en no haver-hi, en realitat, afectació del dret al lliure desenvolupament de la personalitat. No obstant això, aquesta delimitació en esferes o cercles, segons exposen en la doctrina alemanya Roxin (2000b) i Jäger (2003), no està exempta de dificultats en la seva aplicació pràctica en allò que s'ha d'entendre com a nucli intangible o simple àmbit privat, com ho demostra l'anàlisi de la casuística jurisprudencial alemanya.

8. *Vid.* SSTC 34/1973 i 81/1993. Així mateix, en la doctrina *vid.* Mainardis, C. «L'inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali». *Quaderni Costituzionali*, núm. 2/2000, p. 371 i s.

Dins d'aquest segon model justificatiu s'hi va situar la STC espanyol 114/1984, dictada amb anterioritat a l'actual art. 11.1 LOPJ,⁹ en configurar, en els seus orígens, la regla d'exclusió com una garantia processal de naturalesa constitucional íntimament lligada amb el dret a un procés amb totes les garanties (art. 24.2 CE). Segons aquesta sentència la interdicció de l'admissió de la prova obtinguda amb vulneració de drets fonamentals derivava directament de la Constitució, per la col·lisió que això comportaria amb el dret a un procés amb totes les garanties i a la igualtat de parts (art. 24.2 i 14 CE). El seu fonament entronca directament amb la posició preferent dels drets fonamentals en l'ordenament jurídic i en la seva condició d'inviolables (FJ 4).

Partint d'aquest ancoratge constitucional hauria de ser indiferent, a diferència dels models basats en el *deterrent effect*, si la prova es va obtenir a partir d'una autoritat o d'un particular, i fins i tot, si l'autoritat o els seus agents van actuar de bona fe, en la creença de no estar vulnerant un dret fonamental. En aquesta línia es pronunciava la mencionada STC 114/1984 quan proclamava «la nul·litat radical de tot acte —públic o, en el seu cas, privat— vulnerant de les situacions jurídiques reconegudes en la secció I, capítol II, títol I CE» (FJ 4).

En definitiva, a l'inici, la regla d'exclusió es va configurar com una garantia processal d'origen constitucional incardinada en el contingut nuclear del dret a un procés amb totes les garanties (art. 24.2 CE).

No obstant això, el Tribunal Constitucional espanyol s'ha desmarcat d'aquesta línia argumentativa inicial en resolucions posteriors i, encara sense arribar a un model de *desconstitucionalització* plena de la regla d'exclusió, ha anat introduint al seu discurs argumental referències a les *necessitats de dissuasió* limitant-ne l'àmbit d'aplicació mitjançant el reconeixement d'excepcions inspirades en gran mesura en la jurisprudència nord-americana. Actualment, entre els factors que s'han de tenir en compte per aplicar o no una prohibició de valoració probatòria, el TC menciona l'existència o no d'intencionalitat o negligència greu en la violació del dret fonamental així com la pròpia entitat objectiva d'aquesta vulneració, com veurem més endavant. Són significatives d'aquesta nova manera de raonar les afirmacions fetes en la STC 81/1998 (FJ 6), que va instaurar la coneguda com a doctrina de la *connexió d'antijuridicitat*, en concloure que «aquesta dada exclou tant la intencionalitat com la negligència greu i ens situa en l'àmbit de l'error, davant del qual les necessitats de dissuasió no es poden reputar indispensables des de la perspectiva de la tutela del dret fonamental al secret de les comunicacions».

Com adverteix Rodríguez Ruiz (1999), aquest plantejament ens recorda la jurisprudència nord-americana en atendre l'efecte dissuasori de l'exclusió de la prova respecte de violacions futures, per sobre del seu paper com a garant del gaudi dels drets fonamentals. El *deterrent effect* adquireix, actualment, un paper central en la justificació aplicativa de la regla d'exclusió per part del TC espanyol.

9. Aquest precepte legal estableix que «no tindran efecte les proves obtingudes, directament o indirecta, violentant els drets o llibertats fonamentals».

Pels volts de la creació de l'esmentada doctrina de la *connexió d'antijuridicitat*, el TC espanyol ha admès excepcions que, com es desenvolupa més endavant, atenyen no només l'eficàcia reflexa de la prova il·lícita, sinó la pròpia aplicació directa de la regla d'exclusió. Un exponent d'aquesta nova línia argumental va ser la STC 49/1999 en l'FJ 12 de la qual, després de reproduir la doctrina continguda en la STC 114/1984 sobre la posició preferent dels drets fonamentals i de la seva condició d'invulnerables, va introduir un matís nou de gran abast en afegir que: «En definitiva, és la necessitat de tutelar els drets fonamentals la que, *de vegades*, obliga a negar eficàcia probatòria a determinats resultats quan els mitjans emprats per obtenir-los són constitucionalment il·legítims». Amb una lectura atenta d'aquest paràgraf, amb l'esment del terme *de vegades*, ens adonem que per al TC espanyol no sempre que hi hagi una prova obtinguda amb vulneració de drets fonamentals la seva conseqüència processal serà la prohibició d'admissió i de valoració. En altres paraules, la regla d'exclusió quant a la seva eficàcia directa deixa de tenir un caràcter absolut.

Com hem mirat de demostrar, el debat sobre el fonament de la regla d'exclusió no és anodí ni accessori, sinó que presenta una importància crucial dins de la doctrina sobre la prova il·lícita, ja que en condiciona la pròpia naturalesa així com l'abast i els efectes. Últimament hem vist com el TC espanyol s'ha anat desmarcant de la seva línia argumental inicial per anar assumint gradualment la construcció jurisprudencial elaborada pel Tribunal Suprem Federal nord-americà sobre la finalitat dissuasòria de la regla d'exclusió amb les inevitables conseqüències que deriven d'aquest nou plantejament, com són la limitació no només de l'eficàcia reflexa de la prova il·lícita, sinó de la seva pròpia eficàcia directa quan aquesta pugui ser qualificada de «remei excessiu». La regla d'exclusió ha deixat de ser una garantia processal de caràcter constitucional derivada de la posició preferent que els drets fonamentals ocupen en l'ordenament jurídic i s'ha convertit en un simple *remei judicial* que pot deixar d'aplicar-se quan les necessitats de tutela dels drets fonamentals substantius no ho exigeixin. Les dificultats d'aplicació pràctica d'aquesta doctrina són evidents, en línia amb les dificultats de delimitació que denuncia la doctrina alemanya en relació amb la teoria constitucional de les *tres esferes o cercles*.

En conclusió, el canvi d'orientació del TC espanyol quant al fonament de la regla d'exclusió ha servit per ampliar el nombre d'excepcions a l'aplicació de la regla d'exclusió, com es desenvolupa a continuació.

2. EFECTES DE LA PROVA IL·LÍCITA

2.1 LA PROHIBICIÓ D'ADMISSIÓ I DE VALORACIÓ

La prova il·lícita, en el sentit exposat aquí, això és, com a obtinguda i/o practicada amb vulneració dels drets fonamentals, comporta la seva *inutilitzabilitat*¹⁰

10. Sobre l'origen d'aquest terme vegeu Miranda, 2004, p. 94.

processal, és a dir, la prohibició de ser admesa així com de ser valorada pel tribunal sentenciador. A diferència de la prova irregular, la prova il·lícita no és susceptible de convalidació o esmena. Encara que, com hem vist, en alguns ordenaments jurídics aquestes prohibicions no presenten un caràcter absolut i admeten excepcions.

El control sobre la licitud de les proves s'ha d'efectuar ja en seu d'admissió de les proves. Correspon al jutge de garanties o jutge d'instrucció controlar que les proves ofertes per les acusacions són lícites i, per tant, no s'han obtingut amb infracció dels drets fonamentals. Una acusació fonamentada sobre la base de proves il·lícites s'hauria de qualificar d'*infundada*, des del punt de vista probatori, i tindria com a conseqüència processal la no obertura del judici oral si fos l'única prova de càrrec i no hi concorreguessin altres proves lícites independents.

Un control adequat de la licitud de la prova en seu d'instrucció o en l'anomenada fase intermèdia prova d'impedir que el tribunal enjudiciador, en l'acte del judici oral, pugui entrar en contacte amb les proves, i evitar així les perniciosos conseqüències derivades dels anomenats efectes psicològics de la prova il·lícita (Miranda, 2004, 109 i s.).¹¹

No obstant això, el fet que una prova il·lícita hagués superat el filtre d'admissibilitat, no és obstacle per negar-li tot valor probatori. En altres paraules, si la prova il·lícita s'ha incorporat al procés no impedeix la possibilitat de denunciar-la i apreciar-ne la il·licitud i la conseqüència serà la prohibició de valorar-la per part del tribunal sentenciador, que no podrà fonamentar un pronunciament condemnatòri sobre la base d'una prova il·lícita o proves il·lícites.

2.2 L'ANOMENADA EFICÀCIA REFLEXA DE LA PROVA IL·LÍCITA

Una altra de les qüestions més problemàtiques que presenta la teoria de la prova il·lícita és el reconeixement dels efectes reflexos. Aquesta doctrina també té l'origen en la jurisprudència nord-americana, mitjançant la formulació de l'anomenada doctrina dels fruits de l'arbre enverinat (*the fruit of the poisonous tree doctrine*).¹² Així, en el cas *Silverthorne Lumber Co vs. US* (251 US 385, 1920), referent a l'aprehensió il·lícita de documents per part d'agents federals l'examen dels quals va permetre el descobriment de noves proves de càrrec, el Tribunal Suprem Federal nord-americà va considerar que no només els documents sinó que la resta de proves obtingudes a partir d'aquests no eren utilitzables. També en el cas *Brown vs. Illinois* (422 US 590, 1975), en el supòsit en què l'acusat va ser detingut il·legalment, encara que se'l va informar del dret a mantenir silenci d'acord amb l'Esmena V (les conegudes regles Miranda),¹³ es va estimar que l'exclusió també abastava les confessions fetes per l'imputat durant la seva detenció, ja que hi havia una connexió evident entre la detenció i les confessions posteriors, sense que el fet que

11. Els efectes psicològics són la incidència eventual que pot tenir una prova il·lícita en la convicció fàctica del tribunal enjudiciador.

12. Cas *Nardone vs US* (302 US 379, 1939).

13. *Miranda vs. Arizona* (384 US 436, 1966).

fos informat del dret al silenci tingués la virtualitat suficient per trencar aquesta connexió causal.¹⁴

L'eficàcia reflexa de la prova il·lícita es pot formular, per tant, de la manera següent: l'exclusió abasta no només la prova originària practicada il·lícitament, sinó també totes les proves (*derivades*) que encara que hagin estat obtingudes lícitament (constitucionalment) tenen l'origen en informacions o dades obtingudes com a conseqüència de l'actuació il·lícita inicial.¹⁵

A Espanya la regla d'exclusió plasmada en el mencionat art. 11.1 LOPJ, recull aquesta eficàcia reflexa quan afirma que «no tindran efecte les proves obtingudes directament o indirecta, amb violació de drets fonamentals». Un ampli sector de la doctrina i la jurisprudència estimen que el terme *indirectament* utilitzat en el precepte implica el reconeixement de l'eficàcia reflexa de la prova il·lícita en el nostre ordenament jurídic.¹⁶ No obstant això, encara que la llei no utilitzés aquest terme *indirectament*, el reconeixement d'eficàcia reflexa és una conseqüència que deriva necessàriament de l'aplicació de la regla d'exclusió. Així ho va reconèixer en un primer moment el propi TC espanyol en l'àmbit de les intervencions telefòniques.¹⁷

Com declaren en la doctrina espanyola Díaz Cabiale i Martín Morales (2001, 71):

No és possible l'existència de la garantia constitucional si se li nega l'extensió a la prova reflexa, perquè la prohibició de l'efecte reflex de la prova obtinguda lesionant drets fonamentals no és sinó una conseqüència més de la posició preferent dels drets fonamentals en l'ordenament i de la seva afirmada condició d'inviolables: ... no té sentit consentir que es burli una prohibició per camins indirectes.

3. EXCEPCIONS A L'APLICACIÓ DE LA REGLA D'EXCLUSIÓ

3.1 L'EXCEPCIÓ DE LA BONA FE EN L'ACTUACIÓ POLICIAL

Aquesta excepció té l'origen en la jurisprudència del Tribunal Suprem Federal nord-americà. Així es va aplicar en el cas *Leon vs. US* (468 US 897, 1984), en un supòsit en què la policia va efectuar una violació de domicili (escorcoll domiciliari) basat en un manament judicial que creia vàlid, però posteriorment un tribunal superior va concloure que s'havia violat la IV Esmena, ja que havia estat emès sense concórrer *causa probable*. Malgrat això, la Cort Suprema va permetre la presentació d'aquestes proves obtingudes amb ocasió de l'escorcoll perquè va estimar que la policia havia actuat *de bona fe*, en la creença que la seva actuació esta-

14. No obstant això, aquesta sentència va consagrar l'excepció del nexa causal atenuat (*attenuated connection doctrine* o *purged taint*), a la qual ens referirem més endavant.

15. El Tribunal Suprem espanyol al·ludeix de manera gràfica l'*efecte dòmino*: STS (Sala Segona) 6 d'octubre de 1999.

16. En aquest sentit es pronuncien, entre d'altres, Asencio Mellado (1989, 88-89) i Fernández Entralgo (1996, 170).

17. *Vid.* STC núm. 85/1994, de 14 de març.

va emparada en un manament judicial legal, per la qual cosa no es podia predicar una finalitat dissuasòria de l'exclusió. Com es va argumentar en aquesta sentència, quan la policia actua de bona fe, en la creença que el seu comportament s'ajusta a l'ordenament jurídic i no viola cap dret fonamental, l'exclusió de la prova obtinguda així no té justificació, perquè amb això no s'aconsegueix l'efecte de prevenir conductes policials futures de caràcter il·lícit (*deterrent effect*). La regla d'exclusió manca, en aquests casos, d'eficàcia dissuasòria.

També s'ha aplicat aquesta excepció en un supòsit en què l'actuació policial s'havia desenvolupat a l'empara d'una llei que amb posterioritat va ser declarada inconstitucional (cas Michigan vs De Filippo, 443 US 31, 1979).

Com es pot observar, l'excepció de la bona fe a la pràctica neutralitza l'aplicació de la pròpia regla d'exclusió i empara la utilització en el procés penal de proves que en realitat, i això no ho discuteix ningú, es van obtenir amb vulneració de drets fonamentals. Es tracta d'una veritable excepció a l'aplicació directa de la pròpia regla d'exclusió.

Aquesta excepció ha estat acollida en la STC 22/2003, on tot i reconeixent que la prova s'havia obtingut amb vulneració del dret a la inviolabilitat domiciliària (art. 18.2 CE) en va admetre la valoració del resultat en el procés, sense aplicar la regla d'exclusió de l'art. 11.1 LOPJ, en no apreciar-se dol ni culpa en l'actuació dels agents policials actuants, els quals en tot moment «pensaven que estaven actuant conforme a la Constitució» (FJ 10). La sentència qualifica, en aquest cas, l'aplicació de la regla d'exclusió de «remei impertinent i excessiu», la qual cosa ens recorda sobre manera la concepció del remei judicial de l'*exclusionary rule* elaborada per la jurisprudència nord-americana a la qual ens hem referit abans.

La mencionada STC espanyol núm. 22/2003 va analitzar un supòsit d'entrada i escorcoll policial al domicili del detingut, amb el consentiment exclusiu de la dona, al seu torn denunciant (es tractava d'una denúncia per violència de gènere), durant el qual es va ocupar una arma de foc propietat de l'acusat. La sentència va apreciar una violació del dret fonamental a la inviolabilitat domiciliària (art. 18.2 CE), en estimar que el consentiment prestat per la dona no era vàlid, argumentant, en l'FJ 8 que:

... el consentiment del titular del domicili, al qual la Constitució es refereix, no es pot prestar vàlidament per qui es troba, respecte al titular de la inviolabilitat domiciliària, en determinades situacions de contraposició d'interessos que enervin la garantia que aquesta inviolabilitat representa.

Del sentit de garantia de l'art. 18.2 CE s'infereix immediatament que l'autorització d'entrada i escorcoll respecte del domicili d'un imputat no pot quedar lliurada a la voluntat o als interessos de qui es troba del costat de les parts acusadores, ja que, si fos així, no hi hauria, en realitat, cap garantia, màximament en casos com el present, en què estant separats els cònjuges, l'escorcoll va tenir lloc a l'habitació del marit.

El punt d'inflexió de la sentència se situa en les conseqüències derivades de la vulneració del dret a la inviolabilitat domiciliària, ja que el TC espanyol, lluny d'aplicar la regla d'exclusió de l'art. 11.1 LOPJ, va admetre l'aprofitament probatori de la troballa de l'arma de foc i va desestimar la vulneració del dret a un procés amb

totes les garanties (art. 24.2 CE) i a la presumpció d'innocència (art. 24.2 CE). El nucli central d'aquesta nova doctrina es troba en l'FJ 10, en declarar que:

... el consentiment de la dona figurava, segons l'estat de la interpretació de l'ordenament en el moment de practicar l'entrada i l'escorcoll, com a habilitació suficient per a dur-la a terme conforme a la Constitució. A partir d'aquesta dada, es pot afirmar, en primer lloc, la inexistència de dol o culpa, tant per part de la força actuant, com per la dels òrgans judicials que van donar per vàlida la prova practicada; i en segon lloc, que la necessitat de tutela per mitjà de l'exclusió de la prova en aquest cas no només no és més gran que en el de les proves reflexes, sinó que es podria dir que no existeix en absolut.

La inconstitucionalitat de l'entrada i escorcoll obeeix, en aquest cas, purament i exclusiva, a un dèficit en l'estat de la interpretació de l'ordenament que no es pot projectar sobre l'actuació dels òrgans encarregats de la investigació imposant, a manera de sanció la invalidesa d'una prova, com la troballa d'una pistola, que per si mateixa, no materialitza en aquest cas, cap lesió del dret fonamental, i que, òbviament, atesa la situació existent en el cas concret, s'hagués pogut obtenir de manera lícita si s'hagués tingut consciència de la necessitat del manament judicial. En casos com el present, en el qual l'origen de la vulneració es troba en la insuficient definició de la interpretació de l'ordenament, *en què s'actua pels òrgans investigadors en la creença sòlidament fundada d'estar respectant la Constitució*¹⁸ i en què, a més, l'actuació respectuosa del dret fonamental hagués conduït sens dubte al mateix resultat, l'exclusió de la prova es revela com un remei impertinent i excessiu que, per tant, cal rebutjar; (...) la vulneració del dret a la inviolabilitat del domicili és, per dir-ho d'alguna manera, un mer accident.

Com es pot apreciar, ja no es tracta simplement de limitar o excloure l'eficàcia reflexa de la prova il·lícita, sinó que l'excepció de la bona fe actua neutralitzant la pròpia aplicació de la regla d'exclusió i admet la utilització probatòria dels elements obtinguts directament amb violació de drets fonamentals. Des de la posició preferent que ocupen els drets fonamentals en el nostre ordenament jurídic no és admissible l'aplicació d'aquesta excepció de la bona fe. En aquesta línia es va pronunciar el magistrat Guillermo Jiménez Sánchez amb el seu vot particular a la referida STC 22/2003, que advertia que fins aquest moment mai s'havia qüestionat la il·legitimitat constitucional de les proves il·lícites, ni s'havia establert cap excepció. Aquest magistrat raona que:

... malgrat la inexistència de dol o imprudència, malgrat la bona fe policial, des de la perspectiva constitucional que ens correspon, hem d'afirmar que objectivament l'escorcoll practicat així ha produït una vulneració del dret a la inviolabilitat del domicili i que hi ha una relació entre aquest fet i la troballa de la pistola, relació de la qual deriva la necessitat de l'exclusió dels resultats de l'escorcoll del cabal probatori

18. La cursiva és de l'autor.

en funció de la idea de «procés just», sense que això es pugui posar en qüestió per la menor gravetat de la vulneració i també la menor necessitat de tutela del dret fonamental derivada de la bona fe de l'actuació policial.

Per tant, la utilització com a prova de càrrec en el procés de l'obtinguda directament a partir de la vulneració del dret fonamental a la inviolabilitat del domicili (la troballa de la pistola) va vulnerar, així mateix, el dret del recurrent a un procés amb totes les garanties...

3.2 EXCEPCIONS A L'EFICÀCIA REFLEXA

Malgrat la formulació inicial, aviat la jurisprudència nord-americana va admetre algunes excepcions a l'eficàcia reflexa de la prova il·lícita, que s'han anat reconeixent també en altres legislacions i ordenaments jurídics, com a manifestació d'un fenomen de *nord-americanització* progressiva de la regla d'exclusió (Miranda, 2003, 54).

Són fonamentalment tres les excepcions a l'eficàcia reflexa formulades per la jurisprudència nord-americana, que descriuré en els apartats següents.

3.2.1 L'excepció de la font independent¹⁹

En realitat no ens trobem davant d'una veritable excepció, sinó que el seu reconeixement és conseqüència de la pròpia delimitació de l'abast de la regla d'exclusió. Òbviament si la prova utilitzada no té cap tipus de connexió amb la prova il·lícita inicial, no es compleix la pressuposició essencial determinant del reconeixement d'eficàcia reflexa. Per poder apreciar aquesta excepció cal que hi hagi, per tant, una veritable *desconnexió causal* entre la prova il·lícita original i la prova derivada.

Entesa en aquests termes, no opera, en realitat, com una excepció al reconeixement d'efectes reflexos de la prova il·lícita, sinó que en representa la cara negativa en no concórrer la pressuposició material bàsica per aplicar-la i que consisteix en l'existència d'una relació causal entre la prova originària i la derivada.

Com veurem, el problema sorgeix quan es qualifica com a «prova independent» la que realment no té aquest caràcter perquè està *vinculada* amb una activitat probatòria il·lícita inicial.

Aquesta excepció es va aplicar, per exemple, en el cas *Segura vs. US* (468 US 796, 1984), en un supòsit relacionat amb la investigació d'un delictes de tràfic de drogues, en què la policia va entrar en un domicili sense manament judicial, va detenir els ocupants i va romandre al lloc durant diverses hores fins que es va obtenir el preceptiu manament. Aquesta autorització judicial es va obtenir gràcies a les dades indiciàries existents abans de l'escorcoll il·legal, per la qual cosa només es va excloure com a font de prova aquells elements que s'havien trobat amb l'entrada inicial, a la vegada que es va admetre allò descobert després d'executar-se el manament d'entrada vàlid.²⁰

19. *Independent source doctrine*.

20. També cas *Murray vs. US*. 533 (1988).

En el cas *Bynum vs. US*, de 1960, també es va aplicar aquesta doctrina en un supòsit on es van excloure les empremtes dactilars d'un sospitós després d'una detenció il·legal, ja que mancava d'indicis suficients. En el moment de la detenció se li van prendre les empremtes dactilars que després de l'oportuna prova pericial coincidien amb les que s'havien pres al lloc del robatori. No obstant això, aquesta prova pericial es va considerar il·lícita perquè derivava directament de la detenció il·legal que s'havia practicat sense tenir *causa raonable*. Malgrat això, la policia va presentar posteriorment una nova prova pericial dactilar coincident amb les empremtes dactilars trobades al lloc del robatori, però sobre la base de les empremtes antigues de Bynum que es trobaven als arxius de l'FBI i que no tenien connexió amb les que s'havien recollit després de la detenció il·legal. El Tribunal Suprem Federal nord-americà va acceptar aquesta nova prova pericial en considerar-la *independent* i no relacionada amb l'arrest il·legal.

Segons la meua opinió, difícilment podem admetre en aquest últim cas que es tracti d'un supòsit de font de prova independent, en el sentit restringit que defensem, ja que és evident que hi ha una relació causal directa entre tots dos tipus de proves.

Veiem com la doctrina de la font independent, a la pràctica, opera com una veritable font d'excepcions a l'eficàcia reflexa de la regla d'exclusió, mitjançant una ampliació desmesurada del concepte de «prova independent». La independència ja no es predica només dels casos en què existeixi una desconexió causal sinó, també, d'aquells supòsits en què encara que es constata una relació causal (causa-efecte) entre ambdues proves, la prova lícita derivada es pot qualificar de prova *jurídicament independent*. Recentment el TC espanyol ha inclòs entre els criteris per qualificar una prova com a «jurídicament independent» el factor temporal, això és, el llarg període de temps transcorregut entre una prova i l'altra.²¹

3.2.2 L'excepció del descobriment inevitable

En la formulació nord-americana,²² segons aquesta excepció l'exclusió de la prova no hi tindria lloc si hagués estat descoberta *inevitablement* per una actuació policial respectuosa amb els drets fonamentals, independentment de la il·licitud inicial comesa. Aquesta excepció es va apreciar, com a modalitat de l'excepció de la font independent, en el cas *Nix vs. Williams* (467 US 431, 1984). Resumidament, els fets analitzats eren els següents: durant un interrogatori il·legal l'acusat va confessar ser el culpable d'un homicidi i va portar la policia al lloc on havia enterrat la víctima. El Tribunal va excloure les declaracions de l'acusat, tot i això, no va acceptar que el cos de la víctima també fos exclòs com a resultat de l'interrogatori il·legal, ja que s'hauria descobert en qualsevol cas durant la cerca que s'estava fent abans de la declaració amb més de dos-cents voluntaris segons un pla de

21. *Vid.* STC 66/2009, FJ 5, en un cas d'intervencions telefòniques il·lícites i posterior entrada i escorcoll domiciliari practicat lícitament.

22. *Inevitable discovery o Hypothetical independent source doctrine.*

rastreig que incloïa la zona on es va trobar el cadàver. El Tribunal Suprem Federal nord-americà va admetre el resultat de la confessió inconstitucional sobre la base que, encara que no s'hagués produït, el cos de la víctima s'hauria trobat inevitablement amb només unes hores de diferència durant la batuda policial que s'estava fent a la zona.²³

No obstant això, com posa de manifest un sector de la pròpia doctrina nord-americana, l'efecte d'acceleració dels resultats de la investigació en què es basa aquesta excepció, parteix d'una hipòtesi que, en definitiva, no es correspon amb els fets esdevenuts realment. Salas Calero (2002, 386 i s.) ens diu que aquesta excepció ha estat sotmesa a nombroses crítiques i ha donat lloc a resultats diferents segons l'aplicació dels tribunals d'apel·lacions. En tot cas, es requereix que el govern acrediti fefaentment que la prova obtinguda com a resultat d'una violació constitucional hagués estat descoberta per mitjans legítims i independents de la conducta il·lícita original. Això és, com a mecanisme de restricció en l'aplicació d'aquesta excepció, s'exigeix la demostració fefaent, per part de les acusacions, de la *inevitabilitat* del descobriment, és a dir, que la prova obtinguda com a resultat d'una violació inconstitucional hagués estat descoberta per mitjans lícits i *independents* de la conducta il·lícita original.

Tot i això no podem negar, des d'un posicionament crític, que el criteri d'*inevitabilitat* conté una alta dosi d'indefinició que fa que aquesta excepció es presenti en termes excessivament porosos i ambigus amb els *inevitables* riscos intrínsecs que això comporta per al dret a la presumpció d'innocència (art. 24.2 CE).

El nostre TS (Sala Segona) ha reconegut aquesta excepció en la STS de 4 de juliol de 1997,²⁴ encara que limitant-ne l'aplicació als supòsits d'actuacions policials de *bona fe*. En l'FJ 4 s'estableix que:

Amb tot, en el cas actual l'efecte expansiu de la prova il·lícita hi és limitat conforme a la doctrina del «descobriment inevitable». En efecte consta acreditat, a través de la prova testifical degudament practicada en l'acte del judici oral, que l'acusada era objecte d'un procés de vigilància i seguiment, anterior fins i tot a l'inici de la intervenció telefònica, dut a terme per un conjunt d'agents de la policia autònoma basca, com a conseqüència d'informacions referents a la seva dedicació habitual a la transmissió i venda d'heroïna a tercers; procés de vigilància que hauria portat, en qualsevol cas, al descobriment de la reunió celebrada a la cafeteria Amaya de Bilbao entre la recurrent i els seus proveïdors d'heroïna «a l'engròs». És a dir que, «inevitablement» i per mètodes regulars, ja hi havia vies en marxa que haurien desembocat de totes maneres al descobriment del lliurament del contraban, realitzat, com s'ha dit, en un lloc públic i subjecte a la vigilància dels grups d'agents que procedien al seguiment de l'acusada. Per tant, l'al·legació que les proves adquirides com a conseqüència de la intervenció policial sobre l'operació de lliurament de la mercaderia il·lícita estan relacionades llunyanament amb alguna informació genèrica obtinguda de la

23. Aquesta doctrina també es va aplicar en el cas Oregon vs. Elstad, 470 US 298 (1985).

24. Ponent Cándido Conde-Pumpido Tourón.

intervenció telefònica practicada a l'emparedament d'una autorització judicial insuficientment motivada i per tant, han de ser anul·lades, no pot prosperar en el cas actual, ja que —amb independència d'aquests— *les proves referides haurien estat ineluctablement una font irreprotxable*,²⁵ com són les operacions de vigilància i seguiment realitzades continuament i iniciades abans de la decisió judicial que va acordar la intervenció citada, (...) la limitació del «descobriment inevitable» s'ha de cenyir als supòsits d'actuacions policials realitzades de «bona fe», per evitar que es propiciïn actuacions que tendeixin a «accelerar» per vies no constitucionals l'obtenció de proves que s'obtidrien indefectiblement per altres vies, però amb més tardança...

Des de la perspectiva del dret a la presumpció d'innocència (art. 24.2 CE) és difícilment admissible aquesta excepció, ja que es basa en simples conjectures o hipòtesis, això és, en allò que podria haver passat però que no va passar en realitat. La presumpció d'innocència només pot ser desvirtuada sobre la base de dades que siguin plenament acreditades i obtingudes de manera lícita, i l'excepció del «descobriment inevitable» autoritza la utilització i l'aprofitament probatori d'elements probatoris obtinguts amb violació de drets fonamentals sobre la base que s'haurien pogut obtenir de manera lícita, però que en la realitat s'aconsegueixen vulnerant drets fonamentals (Velasco Núñez, 1996).²⁶

3.2.3 L'excepció del nexa causal atenuat²⁷

Aquesta excepció és, en realitat, una variant de l'excepció de la font independent que ja hem exposat. Es va apreciar, per primera vegada, en el cas *Wong Sun vs. US* (371 US 471, 1963). Es tractava d'un supòsit en què s'havia efectuat una entrada il·legal en un domicili que va motivar la detenció d'una persona (A); aquesta en la declaració va acusar una altra persona (B) d'haver-li venut la droga ocupada. Com a conseqüència d'aquesta declaració es va detenir B i es va confiscar una determinada quantitat de droga, que va implicar en la declaració una tercera persona (C), que també va ser detinguda fruit de la il·legalitat inicial. Diversos dies més tard, després d'haver estat posat en llibertat sota fiança, C es va personar voluntàriament a les dependències policials i va efectuar una confessió *voluntària* i amb prèvia informació dels seus drets davant dels agents policials que el van interrogar. El Tribunal va rebutjar totes les proves menys aquesta última confessió, tot i reconèixer que si no hi hagués hagut l'entrada il·legal inicial probablement no s'hagués produït, però va destacar la *voluntarietat* de la confessió i que se l'hagués advertit prèviament dels seus drets, cosa que a judici del Tribunal Suprem nord-americà introduïa un acte *independent* guaridor que trencava la cadena causal amb la vulneració inicial.

25. La cursiva és de l'autor.

26. Velasco Núñez posa de manifest els dubtes de constitucionalitat de la recepció d'aquesta excepció en el nostre ordenament jurídic.

27. *Attenuated connection doctrine* o *Purged taint*.

Per a la Cort Suprema Federal nord-americana són diversos els criteris que determinen l'atenuació de la relació causal, entre els quals destaca el temps transcorregut entre la prova il·lícitament obtinguda i la prova lícita derivada, la gravetat de la violació originària i l'element de voluntarietat que s'ha de predicar de les confessions practicades amb totes les garanties (cas US vs. Ceccolini, 435 US 268, 1978).

Com es pot observar, aquesta excepció no nega l'existència d'un nexa causal entre la prova il·lícita i la prova derivada, però aquest nexa es presenta tan debilitat —atenuat— que autoritza la utilització en el procés de la prova derivada.

La STC 86/1995 està inspirada en aquesta excepció en atribuir a la confessió voluntària de l'acusat, davant del jutge d'instrucció²⁸ i en l'acte del judici oral, la condició de «prova jurídicament independent», afirmant que:

Aquestes declaracions, efectuades en un sentit clarament incriminadori, constitueixen un mitjà racional i legítim de prova, l'apreciació de la qual pels òrgans judicials no determina en absolut la vulneració dels recurrents a la presumpció d'innocència.

El mateix TC reconeix la relació causal entre la intervenció telefònica practicada amb vulneració del dret al secret de les comunicacions, ja que no hi havia autorització judicial, i la confessió prestada davant l'evidència de la troballa dels objectes incriminatoris, però a continuació afegeix que:

... la validesa de la confessió no es pot fer dependre dels motius interns del confessant, sinó de les condicions externes i objectives de la seva obtenció...

140

Segons aquesta doctrina, és suficient per a la seva utilització probatòria que l'imputat hagués estat informat dels seus drets amb caràcter previ a la declaració i que hagués estat assistit d'advocat (*vid.* FJ 4).

A parer meu, no semblava que hi hagués cap obstacle en admetre que la confessió voluntària de l'acusat era una *prova diferent*, però allò realment discutible era atribuir-li la condició de *prova independent*, ja que estava causalment connectada amb la prova il·lícita inicial.

Aquesta sentència va ser objecte de dures i encertades crítiques per part d'un sector de la nostra doctrina. Cal que sigui recordada la que va fer en el seu dia el magistrat Carmona Ruano (1996, 95 i s.), en què evidenciava que no és neutral o indiferent el moment processal en què s'aprecia i declara la il·licitud probatòria.²⁹ Com apunta Andrés Ibáñez (1993, 240) la confessió obtinguda així també seria il·lícita ja que no es podria autoritzar l'interrogatori que versés sobre les dades, efectes o objectes obtinguts durant la pràctica de la diligència vulneradora de

28. No s'ha d'oblidar que aquesta confessió sumarial es produeix en un moment en què no estava prevista legalment l'entrevista prèvia amb el lletrat, introduïda en l'actual art. 775 LECr, segons la redacció donada per la Llei 38/2002.

29. En aquesta mateixa línia crítica, vegeu Fernández Entralgo (1996, 185-187); també Miranda (2004, 116-117).

drets fonamentals (per exemple, durant un escorcoll domiciliari il·lícit). Aquest autor afirma que:

En efecte, si la nul·litat de l'escorcoll és absoluta i inesmorable això voldrà dir que els objectes trobats deixarien de tenir rellevància processal. I, si és així, no s'entén a partir de quina font d'informació es podria ni tan sols formular per part de l'acusació alguna pregunta sobre alguna cosa que és jurídicament inexistente. Fins i tot s'hauria de qüestionar si, en cas d'arribar-se a fer, no obstant això, la pregunta, aquesta no donaria lloc a una confessió testifical il·lícita per la il·licitud de la font d'informació utilitzada per formular-la; i, a més, generadora d'indefensió, atès que aquesta s'hauria fet amb prevalença de la circumstància que normalment l'acusat mitjà manca del coneixement requerit per distingir entre les existències o inexistències fàctiques i les de caràcter juridicoformal.

Segons aquesta doctrina, la confessió de l'acusat actuaria, en realitat, com a element esmenador de la il·licitud inicial, i s'incorporarien al procés per aquesta via els efectes i les peces de convicció obtingudes durant la diligència il·lícita, que recuperarien d'aquesta manera una plena virtualitat probatòria. Com advertia el també magistrat Jorge Barreiro (1993, 1.237), fins i tot abans que es dictés la STC 86/1995:

... sembla contradictori i poc coherent establir, d'una banda, que la diligència és nul·la de ple dret i que no produeix, en conseqüència, efectes probatoris de cap classe i després, d'altra banda, concloure que la declaració de l'inculpat és suficient per admetre la tinença de la droga. I és contradictori perquè en admetre aquest últim mitjà de prova li estem donant operativitat i eficàcia a la mateixa diligència de reconeixement. Primer, perquè li preguntem a l'acusat sobre una peça de convicció que s'ha obtingut en una diligència nul·la de ple dret i absolutament ineficaz. Per tant, se l'interroga sobre una substància estupefaent que jurídicament no existeix. Segon, perquè sense aquesta diligència és evident que l'acusat hauria negat la tinença de la droga. I tercer, perquè també és clar que el Tribunal, amb només la declaració autoinculpatòria de l'acusat i suprimint de la ment dels magistrats l'existència de l'escorcoll, segurament no haurien dictat una condemna...

3.3 L'ANOMENADA DOCTRINA DE LA CONNEXIÓ D'ANTI JURIDICITAT

Aquesta doctrina té l'origen en la STC 81/1998 segons la qual per al reconeixement de l'eficàcia reflexa ja no és suficient una relació o connexió causal-natural entre la prova il·lícita i la prova derivada lícita, sinó que a més cal que hi hagi una «connexió d'antijuridicitat», l'apreciació de la qual dependrà de la classe de la vulneració originària del dret fonamental, així com del resultat i de les necessitats essencials de tutela del dret fonamental afectat per la il·licitud (el que el TC denomina, respectivament, perspectives interna i externa).³⁰

30. *Vid.* també SSTC 171/1999; 8/2000; 28/2002; 184/2003; 259/2005; 127/2009.

La mencionada STC 81/1998 declara, en l'FJ 4, que:

Per mirar de determinar si aquesta connexió d'antijuridicitat existeix o no, hem d'analitzar, en primer terme l'índole i característiques de la vulneració del dret al secret de les comunicacions materialitzades en la prova originària, així com el resultat, amb la finalitat de determinar si, des d'un punt de vista intern, la inconstitucionalitat es transmet o no a la prova obtinguda per derivació d'aquella; però també hem de considerar, des d'una perspectiva que podríem denominar externa, les necessitats essencials de tutela que la realitat i efectivitat del dret al secret de les comunicacions exigeix. Aquestes dues perspectives són complementàries, ja que només si la prova reflexa resulta jurídicament aliena a la vulneració del dret i la prohibició de valorar-la no ve exigida per les necessitats essencials de tutela d'aquest, s'entendrà que l'efectiva apreciació és constitucionalment legítima, en no incidir negativament sobre cap aspecte dels quals configuren el contingut del dret fonamental substantiu.

Des d'aquesta última perspectiva s'haurà d'analitzar l'existència o no d'intencionalitat o negligència greu en la violació originària, així com l'entitat objectiva de la vulneració comesa (*vid.* FJ 6).³¹

Des del punt de vista teòric, la doctrina de la connexió d'antijuridicitat mira d'oferir criteris de decisió als jutges i tribunals ordinaris perquè ponderin i es pronunciïn sobre l'extensió de la prohibició de valoració de la prova il·lícita originària a les proves lícites derivades. Per a això ja no serà suficient constatar, simplement, una relació de causalitat entre les unes i les altres, sinó que és imprescindible, a més, comprovar l'existència d'una «connexió d'antijuridicitat» entre totes dues d'acord amb els criteris que fixa el propi TC. No obstant això, a la pràctica aquesta doctrina actua com una mena de mecanisme justificatiu de caràcter *obert* i *permeable* que possibilita l'accés al nostre ordenament jurídic d'excepcions tant a l'eficàcia reflexa de la prova il·lícita com a l'eficàcia directa.

Sota la cobertura d'aquesta doctrina, es va admetent que la confessió voluntària de l'acusat, practicada prèvia informació de drets i amb totes les garanties, té la virtualitat suficient per convalidar les troballes obtingudes fruit d'una actuació vulnerant dels drets fonamentals, i la qualifica de *prova jurídicament independent*.³² Per a la doctrina del TC espanyol la confessió voluntària de l'acusat permet donar per trencada *jurídicament* qualsevol connexió causal amb l'acte inicial il·lícit.

Al meu entendre, aquesta doctrina és inadmissible, ja que mitjançant aquesta argumentació s'acaba reconeixent a la confessió de l'acusat virtualitat per esmenar les il·licituds comeses inicialment, autoritzant, per aquesta via, l'accés al procés dels elements probatoris obtinguts amb la pràctica d'una diligència d'investigació vulneradora de drets fonamentals. Amb això s'incompleix la prohibició de valoració

31. En el cas analitzat es va descartar l'aplicació d'eficàcia reflexa perquè la infracció del dret al secret de les comunicacions havia consistit en la falta d'expressió parcial de la pressuposició legitimadora de la ingerència en el dret fonamental, vulneració que, a judici del TC, no imposava la necessitat d'estendre la prohibició de valoració a les proves derivades.

32. *Vid.* SSTC 86/1995; 239/1999; 161/1999; 8/2000; 136/2006; 49/2007.

que preveu l'art. 11 LOPJ. D'altra banda, difícilment es pot admetre que es tracti d'una confessió *voluntària*, perquè, com posa de manifest un sector de la doctrina, si el confessant hagués sabut que allò obtingut amb violació de drets no tindria cap valor en el procés segurament no hauria confessat la seva participació en els fets (Gascón, 2005, 82).

Una altra de les excepcions que s'han introduït a l'empara de la doctrina de la connexió d'antijuridicitat ha estat la del *descobrimient probablement independent*. La utilització del terme *probablement* ja ens indica el caràcter excessivament obert de la formulació. Aquesta excepció es va aplicar per primera vegada en la mencionada STC 81/1998 en estimar-se que la dada obtinguda amb la intervenció telefònica il·lícita era una dada «neutra», ja que no va ser indispensable ni determinant per si mateixa de l'ocupació de la droga en poder de l'acusat (FJ 5). Aquesta excepció també es va aplicar en les SSTC 171/1999 i 238/1999. Aquesta construcció produeix, de facto, una reducció de l'estàndard d'*inevitabilitat* exigint en l'excepció nord-americana de l'*inevitable discovery*, que obliga les acusacions a acreditar de manera fefaent que la prova s'hauria obtingut necessàriament, encara que la il·licitud inicial no s'hagués produït. Per tant, l'estàndard d'*inevitabilitat* se substitueix pel menys exigent de *probabilitat*; d'aquesta manera s'amplia el camp d'aplicació de l'excepció i es redueix, correlativament, l'àmbit d'operativitat de la regla d'exclusió.

REFERÈNCIES BIBLIOGRÀFIQUES

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1993) «La función de las garantías en la actividad probatoria». A: D.A. *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. «Cuadernos de Derecho Judicial». Madrid: Consell General del Poder Judicial, p. 240.
- ASENCIO MELLADO, J. M. (1989) *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Trivium.
- CARMONA RUANO, M. (1996) «De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?». *Jueces para la Democracia*, núm. 25, juliol, p. 95 i s.
- DÍAZ CABIALE, J.A.; MARTÍN MORALES, R. (2001) *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid: Civitas.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. (1996) «Las reglas del juego. Prohibido de hacer trampas; la prueba ilegítimamente obtenida». A: *La prueba en el proceso penal (II)*. «Cuadernos de Derecho Judicial». Madrid: Consell General del Poder Judicial, p. 170.
- FERRAJOLI, L. (1995) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, p. 537 i s.
- FIDALGO GALLARDO, C. (2003) «La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América». *Tribunales de Justicia*, 5, maig.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2005) «¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita». *Jueces para la Democracia*, núm. 52, març, p. 82.

- GÖSSEL, K.-H. (2002) *En la búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político criminales*. Mèxic: Porrúa.
- JÄGER, C. (2003) *Problemas fundamentales de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Placido Editor, p. 93 i s.
- JORGE BARREIRO, A. (1993) «La prueba ilícita en el proceso penal». A: *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación*. Volum II (1992). Madrid: Consell General del Poder Judicial, p. 1237.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (2003) «La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación». *Revista Jueces para la Democracia*, 47, juliol, p. 54.
- (2004) *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch.
- (2007) «La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos», *Actualidad Judicial. Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas*, núm. 1, p. 36 i s.
- ROXIN, C. (2000a) *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 192 i s.
- (2000b) *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. València: Tirant lo Blanch, p. 145 i s.
- RODRÍGUEZ RUÍZ, B. (1999) «El coste de los derechos fundamentales. Un comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3, p. 332.
- SALAS CALERO, L. (2002) «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 Poder Judicial*, 66, p. 386 i s.
- VELASCO NUÑEZ, E. (1996) «Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España)». *Revista General de Derecho*, núm. 624, setembre, p. 10164-10165.
- WALTER, G. (1985) *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, p. 315 i s.