

LA PRUEBA ILÍCITA

José Luis González Montes

Resumen: La sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre, tuvo la virtualidad de provocar la introducción en nuestro sistema de la prohibición de utilizar pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales, a través de una enmienda en el trámite de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 de la que resultó el artículo 11.1, que prohíbe que dichas pruebas puedan surtir efectos en el proceso. Este trabajo analiza el impacto que dicha doctrina ha tenido en la legislación procesal y en la jurisprudencia española, así como la evolución de esta última, sobre todo en el tratamiento de las pruebas indirectas o reflejas que pueden derivarse de la originariamente ilícita. En este punto se examinan en el trabajo cuales han sido hasta ahora las excepciones a la regla que ha admitido el Tribunal Constitucional, para terminar con unas reflexiones de cara al futuro.

I. ASPECTOS GENERALES

La sentencia 114/1984 del Tribunal Constitucional tiene la virtualidad de introducir en nuestro sistema la prohibición de utilizar pruebas que, en el momento de su obtención, hubieran vulnerado derechos fundamentales, alterando de forma notable el panorama de la admisibilidad probatoria en el ámbito del proceso. Hasta ese momento la admisibilidad de la prueba se supeditaba a la utilidad y pertinencia del medio probatorio a utilizar, y así lo recogía la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1981 (LEC, a partir

de ahora) vigente entonces (art. 566) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1982 (LECrím, a partir de ahora) en su art. 659.

Aunque este tema no contaba con antecedentes legislativos en nuestro sistema, sí había sido objeto de atención de los profesores de Derecho procesal en sus trabajos sobre *Corrección y actualización de la Ley de enjuiciamiento Civil* (vol. II, Madrid 1974), en cuyo art. 549,I) bajo el título de “medios de prueba inadmisibles” se decía textualmente: “El Tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleando procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona”.

Como es sabido, en un principio, el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) no contemplaba ninguna norma de esta naturaleza. Sin embargo, se planteó una primera enmienda por el Grupo Popular en el Congreso (la número 952) donde, muy al hilo del Proyecto profesoral, podría leerse el siguiente texto: “No surtirán efecto, en ninguna clase de procesos, los medios de prueba obtenidos, directa o indirectamente, de modo contrario a la ética o al Derecho”.

Posteriormente, en el Senado, el Grupo Socialista propuso otra enmienda (la número 374) de sustitución del texto anterior basada en que “... la referencia a las pruebas se acomoda a lo declarado por el Tribunal Constitucional en Sentencia dictada en el Recurso 114/1984”. Aparte de constatar el error consistente en que no era ese el número del recurso sino el 167/1987, y que el número correspondía a la propia sentencia del Tribunal Constitucional (a partir de ahora TC), el texto prosperó y quedó del siguiente tenor literal: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales”, texto que pasó a integrar el apartado 1 del art. 11 de la LOPJ, que se convirtió así en la primera norma existente en nuestro sistema jurídico relativa a la exclusión de las pruebas de ilícita obtención.

Efectivamente, este pronunciamiento del TC supuso un giro radical en la postura adoptada por la jurisprudencia en este tema. Incluso no habían faltado resoluciones del máximo interprete de la Constitución en el sentido de negar que la ilicitud probatoria fuera una causa de inadmisión o de exclusión del medio probatorio en cuestión; caso de los ATC 173/84, de 21 de marzo, y ATC 288/84, de 11 de mayo, y esto sin perjuicio de que el TC en la sentencia 114/84 intentara justificar que la doctrina que introducía no era contraria a la establecida en los mencionados autos (FJ.4). No obstante, en dichas resoluciones se venía a afirmar que la circunstancia indicada de la ilicitud probatoria "... no se apoya en ninguna norma de derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en que apoyar tal principio y doctrina; y porque, a su vez, dicho principio general del Derecho no se encuentra reconocido por la Jurisprudencia y, como se reconoce en la demanda, es sólo una mera aspiración que han patrocinado de *lege ferenda* para incorporarla al Derecho positivo civil algunos procesalistas españoles".

Una vez que el principio de exclusión de las pruebas ilícitas (*exclusionary rule*) se introduce en nuestro ordenamiento, conviene hacer algunas precisiones y analizar brevemente cuál ha sido en este tema la evolución de la jurisprudencia constitucional.

En primer lugar no puede olvidarse que la STC 114/84 toma como punto de referencia para fundamentar aquel principio la doctrina establecida por la Corte Suprema de Estados Unidos respecto de la *evidence wrogfully obtained* y de la *exclusionary rule*; de tal manera que no puede admitirse judicialmente el materia probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución (FJ.2). En definitiva el TC toma la idea de lo declarado por dicha Corte en el caso *U.S. v. Janis* (1976), de lo que se deduce que la exclusión de las pruebas obtenidas con violación de la IV Enmienda "...tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuario (de

la violación de la misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada”.

Sin embargo, a la hora de aplicar a nuestro sistema dicha doctrina, y sin que esto venga a empañar la virtualidad que ha tenido la mencionada STC 114/84, parece que el TC no reparó en, al menos, dos circunstancias, que diferencian el sistema estadounidense del nuestro en esta materia. De una parte, que la construcción del derecho probatorio (*evidence*) en ese sistema se basa en la formulación de reglas en sentido negativo (*exclusionary rule*), debido a la función de filtro que debe cumplir el Juez, ya que la valoración de la prueba corresponde al Jurado. De otra, que la esencia de esa exclusión probatoria no se basa en un derecho subjetivo, sino que cumple una labor de profilaxis y prevención de las conductas policiales, es decir, un efecto disuasorio (*deterrent effect*), por lo que no tiene sentido su aplicación a los supuestos que no se refieren a la conducta policial (aunque se hace alguna referencia a este tema en el FJ.3).

Por eso en aquel sistema es perfectamente explicable como veremos después, que en la evolución jurisprudencial en esta materia se haya establecido la *good faith exception*, esto es, una excepción en aquellos supuestos en que la policía obra de buena fé y lesiona un derecho fundamental para obtener material probatorio, pues entonces pierde su contenido el efecto disuasorio (*deterrent effect*) y no ha lugar a la exclusión probatoria.

Dicho lo anterior, conviene precisar también que, aunque la norma resultante de esa doctrina (art. 11.1 LOPJ) es de carácter general y aplicable a todo tipo de procesos y órdenes jurisdiccionales, su incidencia ha sido mayor lógicamente en el proceso penal, dados los intereses en juego, y sin perjuicio de que la mencionada STC 114/84, que introduce esta problemática, recayera a propósito de un despido laboral.

Su incidencia ha sido clara también en las leyes procesales, comenzando por la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), donde se hace una breve referencia a este tema a propósito de las prue-

bas (art. 90.1) y, sobre todo, en la nueva LEC (Ley 1/2000) como ley procesal más moderna, donde parecen referirse a este tema dos de sus preceptos (arts. 283.3 y 287), aunque conviene distinguirlos. De una parte, y a propósito de la admisibilidad de la prueba, el art. 283.3 de la nueva LEC establece que “Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”. Esta norma, de proyección general, no está referida exclusivamente al supuesto de la prueba ilícita, esto es, obtenida con violación de los derechos fundamentales, pues pueden darse supuestos en que, sin afectar a dichos derechos, una prueba pueda estar prohibida por la ley. Más concretamente se refiere a la prueba ilícita el art. 207.1 LEC donde, bajo el rótulo “Ilicitud de las pruebas”, se establece que “Cuando alguna de las partes entendiere que en la obtención de una prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes”; lo que no excluye que la cuestión pueda ser suscitada de oficio por el propio órgano jurisdiccional.

En cuanto al momento procesal en que haya de plantearse el tema por las partes, el art. 287,1,II LEC dice que se resolverá en el acto del juicio, caso del juicio ordinario, o al comienzo de la vista de los juicios verbales; lo que tiene su lógica para la prueba ya admitida y no excluye, a nuestro entender, que dicho tema se pueda plantear antes en el momento de admisión de prueba, caso de la audiencia previa en el juicio ordinario. Por otra parte, y con buen criterio, dicha norma (art. 287,2 LEC) ha introducido la novedad consistente en otorgar recurso de reposición y la posibilidad de reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación de la sentencia. La paradoja es que aún hoy se mantenga la imposibilidad de recurrir la admisión de una prueba (sí, por supuesto, la inadmisión) en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), incluso en casación (art. 659 LECrim); lo que habrá de tenerse en cuenta en su futura reforma. No puede olvidarse que, como se ha dicho, es el campo del proceso penal donde se dan la mayoría de los supuestos relativos a la prueba de ilícita obtención.

Interesa ahora destacar algunos de los aspectos que consideramos más importantes de esta sentencia y que marcaron una pauta para otras resoluciones posteriores; sin perjuicio de señalar también la evolución jurisprudencial en este materia.

En primer lugar se afirma en la referida STC 144/1984 que, “no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisprudencial de la pruebas de origen antijurídico”. Esa exclusión es más bien la consecuencia de una postura frente a dos intereses en juego: de una parte, el interés público en descubrir la verdad en el proceso y, de otra, el interés en tutelar de manera efectiva los derechos fundamentales, o sea, como se dice en la citada sentencia: “el interés en el reconocimiento de plena eficacia de los derechos fundamentales, no solo como derechos subjetivos individuales de los ciudadanos, sino sobre todo, como garantías objetivas del propio sistema democrático, esto es, de su posición preferente como elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica en un Estado de Derecho”.

Por otra parte, a propósito de este tema, el TC realiza la distinción entre los derechos fundamentales sustantivos (v.gr. inviolabilidad del domicilio) y los derechos fundamentales procesales que se contienen en el artículo 24 CE (tutela judicial efectiva, derecho a la prueba o presunción de inocencia). En definitiva, uno es el derecho fundamental (sustantivo) violado en la obtención de la prueba que, por esta razón, deviene ilícita, sin perjuicio de que el infractor sea persona pública (la policía) o privada (un particular), y otro el derecho o derechos que se vulneran si tal prueba se admite en el proceso, en cuyo caso la infracción es de origen judicial.

Según el TC, la recepción procesal de la prueba así obtenida implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y la desigualdad (procesal) de las partes en el juicio (art. 14 CE) y, añade la mencionada sentencia: “el concepto de ‘me-

dios de prueba pertinentes' que aparece en el mismo art. 24.2 CE, pasa así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito al cual nunca podrá considerarse 'pertinente' un instrumento probatorio así obtenido".

Aunque la STC que da origen a este tema no se refiera directamente a la presunción de inocencia, a nadie se le escapa que otro de los derechos fundamentales que puede verse afectado en el proceso penal es la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Lógicamente la presunción de inocencia puede verse afectada cuando es destruida mediante una prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales, prueba que no debe "surtir efecto en el proceso".

Posteriormente el TC se ha hecho eco del tema (*ad exemplum* SSTC86/1995, 81/1998 y 50/2000) y ha venido a reconocer que, junto al derecho a un proceso con todas las garantías, la recepción procesal de la prueba ilícita puede producir, aunque no siempre, una violación también de la presunción de inocencia en su vertiente de regla de juicio. Sin embargo, esto sólo ocurrirá cuando la condena se haya basado exclusivamente en la prueba de ilícita obtención. Si existen otras pruebas de cargo válidas e independientes (no contaminadas), podrá suceder que, a pesar de haberse infringido el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte afectada ni, por tanto, vulnerada.

II. LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO. EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

Quizás el tema más problemático que ofrece la norma del art. 11.1 de la LOPJ sea el de determinar el alcance de la expresión "pruebas obtenidas directa o indirectamente", violentando los derechos y libertades fundamentales. Parece que el legislador ha querido consagrar en la norma la doctrina norteamericana de los "frutos del árbol envenenado" (*the fruit the poisonous tree doc-*

trine), aunque la Sentencia 114/84 el TC no se refirió expresamente a ese tema.

En principio, la rotundidad con que está redactada la norma del art. 11.1 LOPJ parece no admitir excepciones. Constatada la violación de un derecho fundamental sustantivo en la obtención de la prueba (v.gr. interceptación ilegal de una conversación telefónica), ésta no debe admitirse en el proceso o, en su caso, si es aportada debe ser eliminada del mismo, así como todas las pruebas que puedan derivarse de aquélla (pruebas contaminadas). El problema aquí es determinar hasta donde puede llegar la cadena de contaminación de pruebas y si cabe alguna excepción al principio, es decir, si en algunos supuestos puede entenderse rota esa cadena.

Tanto la jurisprudencia ordinaria como la constitucional han venido aplicando rígidamente el principio contenido en esa norma en los primeros años de existencia de la misma. Sin embargo a partir de la segunda mitad de los años noventa se ha producido en España una reacción parecida a la acontecida en el sistema norteamericano a comienzos de los años setenta, encabezada por el Presidente de la Corte Suprema, el Juez Brennan, aunque los motivos de dicha reacción en nuestro país no sean idénticos debido a la disparidad de sistemas.

Lo importante es anotar que esa reacción ha estado encabezada en España por el Tribunal Supremo (a partir de ahora TS) hasta que el TC se ha hecho eco de ella. A tales efectos ha de citarse la STC 81/1998, de 2 de abril, a la que han seguido otras posteriores, pero que es quizás la resolución donde el tema se trata con mayor profundidad y aparato argumental.

La tesis que introduce el TC para establecer la posibilidad de introducir excepciones al principio de los “frutos del árbol envenenado”, está basada en lo que él denomina “conexión de antijuridicidad”; esto es, en que la transferencia del carácter ilícito de una prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales a otra posterior, exige la existencia entre las dos, aparte de una

“conexión de causalidad” (conexión natural), que sería un requisito necesario pero no suficiente, de una conexión jurídica que en este caso se concreta en una “conexión de antijuridicidad”, que añadiría un *plus* necesario también y suficiente para que tal prueba fuera considerada prohibida.

¿Cómo se comprueba esa conexión de antijuridicidad? A esto responde el TC en el Fundamento jurídico cuarto de la mencionada Sentencia 81/1998, donde establece la necesidad de analizar dos cosas:

En primer lugar, la que considera perspectiva interna; esto es, la índole y característica de la vulneración del derecho fundamental sustantivo. Así por ejemplo, no es lo mismo la ausencia de autorización judicial justificadora de la intervención telefónica que, existiendo dicha autorización, no se expresen en ella todas y cada una de las exigencias constitucionales o, como en el caso de aquella concreta Sentencia, se diera una “falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental”; luego habrá de verse el resultado, o sea, el conocimiento obtenido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente.

En segundo lugar, además de esa perspectiva, el TC alude en un segundo análisis a la que denomina perspectiva externa, relativa a “las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho sustantivo conculcado exige”. ¿Y esto que significa? De lo que se trata es de que la excepción a la exclusión de una prueba ilícita en su origen no suponga un incentivo para la infracción del derecho sustantivo y, en este caso, del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas; lo que le privaría de una garantía indispensable para su efectividad. Esto implica a su vez que los órganos encargados de la investigación penal no hayan actuado con intencionalidad ni con negligencia grave, lo que, de una parte nos recuerda el efecto disuasorio (*deterrent effect*) y, de otra, a la excepción de buena fe (*good faith exception*), ambas del derecho norteamericano.

Debemos preguntarnos ahora en qué casos ha considerado el TC que no se daba la aludida conexión de antijuridicidad; de tal manera que, aún habiendo existido un acto originario violentando un derecho fundamental, cabía aplicar la excepción a la prueba derivada y otorgarle validez en el proceso.

Quizás el caso más claro lo constituya la *confesión voluntaria del imputado* sobre hechos que se conocieron gracias a la violación de un derecho fundamental. Probablemente dicha confesión difícilmente se hubiera llegado a producir si mediante la prueba ilícita no hubieran aflorado determinados datos e informaciones. Pues bien, aunque en un primer momento dicha confesión no fue admitida como prueba válida en la jurisdicción ordinaria (v.gr. SAP de Madrid, sección quinta, de 4 de junio de 1987), posteriormente el TC la dio por válida y, por tanto, estableció una excepción que acogió en varias de sus resoluciones (SSTC 161/1999 y 8/2000, entre otras); con base precisamente en la ruptura de la conexión de antijuridicidad entre la confesión del imputado y la prueba originariamente ilícita.

La tesis mantenida por el TC se basa en que, cuando han sido respetadas las garantías constitucionales frente a la autoincriminación, caso de los derechos a la defensa y asistencia del abogado, a ser informado de la acusación formulada contra uno, a no declarar contra si mismo y a no declararse culpable (art. 24 CE), la espontaneidad y la voluntariedad de la declaración en el juicio oral pueden ser valorada como prueba válida a los efectos de destruir la presunción de inocencia, homologando la licitud de la prueba que, en su origen, fué obtenida con violación de un derecho fundamental.

Distinto es el supuesto que acoge la STC 81/98, a propósito del cual el TC establece la teoría de la conexión de antijuridicidad ya mencionada, y que se conoce como el *descubrimiento probablemente independiente* (*hypothetical independent source rule*), que tiene su origen el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (caso *U.S. v. Craws*, 1980). Esta excepción podría aplicarse a aquellos supuestos en que se pueda deducir razonablemente cier-

ta desconexión jurídica entre el acto originario, tachado de inconstitucional, y la prueba que se aporta al proceso, con el que guarda alguna conexión causal, pero no antijurídica en los términos a que se refiere la mencionada sentencia del TC. Se parte pues de una cierta independencia jurídica entre la prueba ilícitamente obtenida (prueba directa) y aquélla (indirecta) que se aporta al proceso y en la que el Tribunal sí puede basar su convicción.

Precisamente este es el supuesto que acoge la STC 81/1998 y otras que le han seguido posteriormente (v.gr. STC 238/1999); por lo que puede entenderse, si no cambian las circunstancias, que es una doctrina ya consolidada. En definitiva el TC viene a validar en aquella sentencia el razonamiento expuesto por el Tribunal Supremo en la sentencia impugnada en amparo, en virtud del cual, y atendiendo ahora al caso concreto: “...el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fué indispensable ni determinante por si solo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también razonablemente, sin la vulneración del derecho” (FJ.5°).

En conexión con lo anterior, por su similitud, ha de aludirse ahora a otra posible causa que vendría a fundar la posible excepción al principio de los frutos del árbol envenenado, también de origen norteamericano, es la del *descubrimiento inevitable* (*inevitable discovery exception*). Aunque esta excepción no haya sido claramente acogida todavía por el TC, ya se intuye en la mencionada sentencia 81/1998; se ha aplicado por el Tribunal Supremo, caso muy claro de la sentencia de la Sala Segunda de dicho Tribunal de 4 de julio de 1997 (RJ 1997/6008) en la que se argumentaba (FJ.9°) que las pruebas, tachadas de ilícitas, habrían sido inevitablemente descubiertas de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención. Se trataba de una intervención telefónica acordada judicialmente pero con insuficiencia de motivación.

No obstante, en esta sentencia se ponía como límite del “descubrimiento inevitable” los supuestos de actuaciones policiales realizadas de “buena fe” –lo que de nuevo nos recuerda al sistema estadounidense–, para evitar que se acelere impropriamente por vías no constitucionales la obtención de pruebas: lo que nos lleva al efecto disuasorio (*deterrent effect*), también de origen norteamericano.

El efecto en esta materia de la jurisprudencia del TC se ha dejado sentir sin duda en la jurisprudencia del TS, cual es el caso más reciente de la sentencia de la Sala Segunda de 7 de febrero de 2005 (RJ 2005/2532), donde se acogen dos de las excepciones ya mencionadas al principio de los frutos del árbol envenenado; de ahí que merezca un breve comentario. Se trataba también en este caso de unas escuchas telefónicas tachadas de inconstitucionalidad, y de otras pruebas (aparentemente derivadas de aquéllas) donde el Tribunal entendió que no se daba la conexión de antijuridicidad por dos motivos; a) la desconexión de la confesión del acusado, dada con todas las garantías, respecto de las pruebas originariamente ilícitas; b) además, aparte de las pruebas ilícitas, existía una línea de investigación anterior y paralela a las intervenciones telefónicas, fruto de las cuales fueron las observaciones que dieron como resultado la intervención de la droga, es decir, el descubrimiento independiente, por lo que se producía también la desconexión de esas pruebas con la originaria prueba ilícita.

Hasta aquí, se ha tratado de exponer de la forma más breve posible cuál ha sido la virtualidad de la STC 114/84, en materia de prueba ilícita y la evolución posterior que ha tenido la jurisprudencia de ese Tribunal en dicha materia. No hemos considerado oportuno un análisis doctrinal del tema –al que nos hemos acercado en alguna ocasión– dado el carácter de este trabajo, pero sí debemos constatar que la doctrina no es pacífica al respecto y se han vertido muy fundadas críticas a la establecida por el TC.

Sólo a título de ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, y por referencia a algunas de las obras más recientes y posteriores a la

STC 81/98 a través de la cual se introduce la teoría de la conexión de antijuridicidad, pueden atisbarse opiniones muy distintas en torno al tema. Así, para algunos¹, la garantía de la inadmisión de la prueba ilícita tras no ser reconocida ('travesía en el desierto') hasta 1984 (STC 114/84), pasa por una fase de evolución hasta 1998 (STC81/98) y una fase involutiva, a partir de ahí, que abre un panorama incierto en tanto en cuanto el TC no ha formulado un catálogo cerrado de las posibles excepciones a la exclusión de la prueba indirecta o refleja, como se ha realizado en la doctrina norteamericana. En definitiva, cabe el peligro de que se parta de que toda prueba refleja es independiente jurídicamente; con lo que cualquier prueba de esa naturaleza puede ser admitida. Y esto porque los criterios que inspiran la teoría de la conexión de antijuridicidad, o sea, la perspectiva interna y la externa, son imprescindibles y pueden depender de la voluntad de quienes los utilicen.

Desde otra perspectiva más conciliadora con la doctrina del TC y partiendo de que este tema se halla en una fase inicial de estudio, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia², se argumenta la conveniencia de dejar abierta la puerta a las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita; abandonando la aplicación rígida y automática de dicha regla que ha de ponerse en relación, tanto con otras normas de nuestro ordenamiento, como con los principios constitucionales que lo informan, es decir, deben prevalecer en este tema el principio de flexibilidad de la misma forma que con otras normas jurídicas.

Por último, en este somero examen de algunas de las opiniones doctrinales más recientes sobre el tema que nos ocupa, cabe aludir, pues parte de una perspectiva diferente, a la postura mantenida por De la Oliva Santos en su último trabajo (que sepamos)

1. J.A. DÍAZ CABIALE y R. MARTÍN MORALES, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, 2001, pp. 236 y ss.

2. Vid. L. GÁLVEZ MUÑOZ, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Elcano (Navarra), 2003, pp. 233 y ss.

sobre el particular³. Para este autor, sin perjuicio de la extensión y solemnidad con la que es formulada por el TC en la sentencia 114/84 sobre la prueba ilícita, tal doctrina no deja de ser un *obiter dictum* pues el recurso de amparo que la origina fue desestimado al no producirse violación de derechos fundamentales en el caso concreto. De otra parte considera “endebles y quebradizos” algunos de los puntos fundamentales en que se basa la mencionada sentencia. Así, por ejemplo, una cosa es que se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales y otra es que eso exija excluir pruebas que, en principio, puedan ser pertinentes y útiles. Que la posición preferente de los derechos fundamentales no se puede tomar en términos absolutos lo demuestra la posibilidad de adoptar resoluciones judiciales que afectan a derechos fundamentales, como el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio, y esto a pesar de que se puedan considerar inviolables desde la perspectiva del art. 10.1 CE; es decir, que se dan situaciones, sobre todo en el proceso penal, donde los fines del proceso prevalecen sobre los derechos fundamentales. Argumentaciones similares formula para los otros dos pilares básicos de la mencionada sentencia, como el referente a la nulidad radical de todo acto (público o privado) que suponga la violación de un derecho fundamental –lo que no impide que se aplique el principio de conservación de los actos procesales (art. 230 LEC)– o respecto de la necesidad institucional de no reconocer o no confirmar las infracciones a esos derechos, es decir, el efecto disuario (*deterrent effect*).

3. A. DE LA OLIVA SANTOS, “La ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 8-9, pp. 1 y ss.

Dicho autor abordó también esta problemática con anterioridad en su trabajo “Cuatro sentencias del Tribunal Constitucional sobre temas procesales: juez legal, pruebas obtenidas ilícitamente, legitimación en lo contencioso-administrativo y secreto del sumario”, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 3 (1985), pp. 17 y ss.

Finalmente, a los efectos de una posible reforma del art. 11.1 –que no considera urgente– y partiendo de la legitimidad del legislador para optar por una posición más restringida o más flexible, postula la consideración de varios elementos a tener en cuenta como son: a) desechar la idea de que esa norma deba ser inmutable; b) ha de tenerse en cuenta cuáles son los intereses que se tutelan en los distintos tipos de procesos y, en especial, en el proceso penal, y, en conexión con ello y el efecto disuario, habrá de ponderarse si basta con las sanciones civiles y/o penales para el infractor del derecho fundamental o si, además, en qué supuestos la prueba obtenida deba excluirse del proceso, y c) tener en cuenta lo que denomina “relevancia del protagonismo en la ilicitud con que los instrumentos de prueba se obtengan”, es decir, valorar quién aporta la prueba –aún de origen ilícito– y quién puede beneficiarse de ella, lo que nos lleva a las reglas de la carga de la prueba que, en los procesos penales y administrativos sancionadores, deberán regirse por el principio *in dubio pro reo*.

Desde nuestra perspectiva, y examinados el origen y evolución jurisprudencial en materia e prueba ilícita, a modo de conclusiones finales, se nos ocurren algunas reflexiones que, brevemente, pasamos a exponer. Como primera cuestión apuntaríamos el hecho de que la norma del art. 11.1 que, como vimos, es producto de la enmienda 347 en el Senado– en su formulación concreta, fue más lejos que la propia doctrina del TC establecida en la STC 114/84, a pesar de que se basara en ella; sobre todo al referirse tajantemente a la inadmisión en el proceso de las pruebas indirectas o reflejas que pudieran derivarse de la originariamente ilícita, es decir, al principio de los frutos del árbol envenenado importado de la jurisprudencia norteamericana⁴, tema al que no se refirió la citada sentencia.

4. A este respecto es sintomático lo que afirma DE LA OLIVA SANTOS (op. cit., p.10), “La metáfora del ‘árbol envenenado’ y sus frutos sólo es eso, una

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el TC ha tenido que dar marcha atrás y flexibilizar la aplicación de la norma, dados los resultados a que podía conducir, sobre todo en el proceso penal, y a que difícilmente puede seguir manteniéndose una aplicación rígida y automática de la misma⁵. Por eso no sería descabellado, o bien ir pensando en una posible reforma, o bien pedir el esfuerzo del TC para establecer un catálogo de excepciones, en la medida de lo posible cerrado (aunque ciertamente los supuestos reales puedan superar la norma), que venga a conjugar y equilibrar los dos posibles extremos: de una parte, el respeto a los derechos fundamentales en sus dos vertientes, y de otra el fin del proceso y, en especial, del proceso penal donde los intereses que se tutelan son de naturaleza pública y donde, por ese motivo, pueden haber excepciones a la intangibilidad de aquellos derechos.

metáfora. Y por seguir con ella, diría que esos ‘frutos’ son perfectamente digeribles y aprovechables para quien no haya envenenado el ‘árbol’”.

5. Ya se ha puesto de manifiesto la existencia de una reacción parecida en la doctrina y la jurisprudencia norteamericana a partir de los años 70. Vid. mi trabajo “Nuevas reflexiones en torno a la prueba ilícita”, *Derechos y libertades*, núm. 2 (marzo, 1994), p. 73. Algunas veces parece que el legislador español aplica doctrinas o principios de otros sistemas sin contrastar sus resultados o cuando ya están de vuelta en su origen.

SENTENCIA 114/1984, DE 29 DE NOVIEMBRE

Sala Segunda: Arozamena Sierra, Rubio Llorente, *Díez-Picazo y Ponce de León* (ponente), Tomás y Valiente, Truyol Serra y Pera Verdguer.

Fundamentos:

1.

“(…) El recurso de amparo frente a violaciones de derechos fundamentales por obra de decisiones jurisdiccionales halla su sentido institucional, de modo exclusivo, en la depuración de las actuaciones de estos órganos que ‘de modo inmediato y directo’ [art. 44.1 b) de la LOTC] hayan incurrido en dichas vulneraciones, no siendo este proceso constitucional instrumento apto para revisar genéricamente lo resuelto por la jurisdicción ordinaria. En el presente caso la hipotética lesión de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución Española no podría imputarse –con carácter directo e inmediato– a las resoluciones judiciales, sino, según reconoce el recurrente, a los actos extraprocerales que estuvieron en el origen de la decisión de despido (…).

En realidad, el razonamiento del actor parece descansar en la equivocada tesis de que existe una consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocera de su derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de aquella lesión. Sin embargo, el acto procesal podrá haber sido o no conforme a Derecho, pero no cabe considerarlo como atentatorio, de modo directo, de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. (...) habría que concluir que el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales abarcaría no ya sólo la esfera de libertad o la pretensión vital en que los mismos se concretan, sino también la exigencia, con alcance de derecho subjetivo, de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de tales derechos. Esta regla podrá reconocerse como existente en los distintos supuestos, pero no por integrarse en el núcleo esencial del derecho, sino en virtud de fundamentaciones diversas y a la vista de los intereses tutelados en cada caso por el ordenamiento”.

2. “En el caso aquí planteado, lo que en realidad reprocha el actor a las actuaciones judiciales es haber decidido a partir de una prueba ilícitamente obtenida. Haya ocurrido así o no, lo cierto es que no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos

casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos (...).

En suma, puede traerse a colación la doctrina establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la *evidence wrongfully obtained* y de la *exclusionary rule*, en cuya virtud, en términos generales, no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución (...).

Hay, pues, que ponderar en cada caso, los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales). No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita”.

3. Un problema distinto es el que suscita el recurso a propósito del art. 24.2 de la Constitución, puesto que en este punto posee una consistencia inicial el reproche dirigido a las actuaciones del juzgador y, específicamente, a la admisión por éste de una prueba tachada por la parte –en casación y ante este Tribunal– de ilegítima, por atentatoria a los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución (...).”

“No existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente. Se ha destacado doctrinalmente que siempre podrá el Juez no admitir la prueba obtenida en tales condiciones (...).

No existen tampoco líneas jurisprudenciales uniformes en el Derecho comparado. Por lo general, los países de ‘common law’ hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del Derecho norteamericano, en el que se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien sólo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó por un agente público (...).”

“En el Derecho español el problema de la prueba ilícitamente obtenida sigue abierto, por la carencia de disposición expresa. El recurso a la vía interpretativa impuesta por el art. 10.2 de la C. E. no resulta concluyente, por no existir pronunciamiento al respecto por parte del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre. (...).”

4. 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” (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Para nosotros, en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la “resistencia” frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica...” (...).

En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía –por el ordenamiento en su conjunto– de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales (...).

5. (...) Puede sostenerse la inadmisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, pero ello no basta para apreciar la relevancia constitucional del problema, a no ser que se aprecie una ligazón entre la posible ignorancia jurisdiccional de tal principio y un derecho o libertad de los que resultan amparables en vía constitucional (...).

Tal afectación se da, sin embargo, y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las “garantías” propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de “medios de prueba pertinentes” que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse “pertinente” un instrumento probatorio así obtenido.

7.

“(...) es necesario determinar si, efectivamente, la grabación de la conversación, en la que fuera parte el actor, constituyó, como se pretende, una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones. La tesis del actor no puede compararse. Su razonamiento descansa en una errónea interpretación del contenido normativo del art. 18.3 de la Constitución. Y en un equivocado entendimiento de la relación que media entre este precepto y el recogido en el núm. 1 del mismo artículo.

El derecho al ‘secreto de las comunicaciones... salvo resolución judicial’ no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. (...) puede también decirse que el concepto de ‘secreto’, que aparece en el art. 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. (...).”

“(...) el concepto de ‘secreto’ en el art. 18.3 tiene un carácter ‘formal’, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. (...). Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el art. 18.3 de la Constitución, un posible ‘deber de reserva’ que –de existir– tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (...).

Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera ‘íntima’ del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 de la Constitución. Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica.

8.

(...) En la conversación telefónica grabada por el interlocutor del hoy demandante de amparo no hubo, por razón de su contenido, nada que pudiese entenderse como concerniente a su ‘vida íntima’ (...) de tal forma que falta el supuesto normativo para poder configurar como grabación ilegítima la obtenida de la conversación que aquí se considera”.

“Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba ésta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales (...)). La grabación en sí –al margen su empleo ulterior– sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético ‘derecho a la voz’ que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún Derecho extranjero. Tal protección de la propia voz existe sólo, en el Derecho español, como concreción del derecho a

la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada ad extra y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (art. 7.6 de la citada Ley Orgánica 1/1982: ‘utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga’”).

Fallo:

Denegar el amparo.

