

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO**



TESIS DOCTORAL

**La alteración de la sistemática constitucional en la
importación de las excepciones a la regla de exclusión en el
ámbito de la prueba ilícita**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Francisco Terrassa Ortuño

DIRIGIDA POR

Esther González Hernández

Madrid

© Francisco Terrassa Ortuño, 2025

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**La alteración de la sistemática constitucional en la importación
de las excepciones a la regla de exclusión en el ámbito de la
prueba ilícita**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

FRANCISCO JESÚS TERRASSA ORTUÑO

DIRECTORA

ESTHER GONZÁLEZ HERNÁNDEZ

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**La alteración de la sistemática constitucional en la importación
de las excepciones a la regla de exclusión en el ámbito de la
prueba ilícita**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

FRANCISCO JESÚS TERRASSA ORTUÑO

DIRECTORA

ESTHER GONZÁLEZ HERNÁNDEZ

Programa de Doctorado en Derecho

“Cada cosa tiene dos asas: una, por la que es llevadera, la otra, por la que no lo es”

(Epícteto de Frigia, en Equiridion de Lucio Flavio Arriano).

ÍNDICE

RESUMEN/ABSTRACT.....	13
INTRODUCCIÓN.....	15
A. Objeto y Justificación de la investigación.....	17
B. Metodología.....	20
I. EI “ESTADO DEL ARTE” SOBRE LA REGLA DE EXCLUSIÓN: CONSIDERACIONES PREVIAS Y PRECEDENTES HISTÓRICOS NECESARIOS.....	33
A. Consideraciones previas.....	35
B. La “Justicia” en el Antiguo Régimen.....	37
C. la gestación histórica de los derechos fundamentales y sus garantías: Los derechos fundamentales antes y después del constitucionalismo de entreguerras.....	47
D. Los derechos fundamentales antes y después del constitucionalismo de entreguerras.....	58
a. La primera Jurisdicción constitucional europea en la Constitución checa de 12 de febrero de 1920.....	64
b. La Constitución de Weimar de 1919.....	67
c. La Constitución austriaca de 1920.....	69
E. La “prueba ilícita” y sus precedentes o breve historiografía de la prueba vulneradora de derechos fundamentales.....	73
a. El Texto constitucional de 1876 y la primera Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.....	75

- c. Los debates constituyentes sobre las garantías de los derechos fundamentales y la tutela de las libertades hasta 1984.....81

II. LA CONCEPCIÓN Y SISTEMÁTICA ACTUAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.....89

- A. El asentamiento del concepto “garantístico” de los derechos fundamentales.....91
- B. Las garantías constitucionales: la constante en su problemática interpretativa.....103

III. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ACTUAL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.....113

- A. La regla de exclusión y su nacimiento en los Estados Unidos: naturaleza jurídica y fundamentación y el camino al *due process*.....115
- B. Necesaria referencia previa a la literalidad del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.....133
- C. La STC 114/1984, de 29 de noviembre y "regla de exclusión".....140
- D. La regla de exclusión del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.....149
 - a. La regla de exclusión como garantía objetiva.....151
 - b. La problemática interpretativa del art. 11.1 LOPJ.....162
- E. La irrupción del juicio de proporcionalidad.....168
 - a. Breve referencia a los problemas procesales de la aplicación del art. 11.1 LOPJ.....180

F. Excepciones a la regla de exclusión.....	182
a. La excepción de la buena fe	182
b. La doctrina constitucional sobre validez de la prueba refleja. La "conexión de antijuricidad".....	204
1. La fuente, jurídicamente, independiente.....	218
2. La excepción del descubrimiento inevitable.....	222
3. La excepción del nexo causal atenuado	226
4. La doctrina del hallazgo casual.....	233
G. LA REGLA DE EXCLUSIÓN TRAS LA STC 97/2019, DE 16 DE JULIO: DEL CASO CONOCIDO COMO "LISTA FALCIANI".....	244
H. UN CAMINO HACIA LA PREPONDERANCIA DEL "IUS PUNIENDI".....	261
CONCLUSIONES.....	273
ANEXO: Selección de la jurisprudencia más relevante.....	285
BIBLIOGRAFÍA.....	295

RESUMEN

La fundamentación y tratamiento de la prueba ilícita siempre ha sido una cuestión de gran interés por los juristas. Sin embargo, su estudio y análisis ha supuesto motivo de conflicto pues, atañe a una de las cuestiones esenciales de las actuales sociedades democráticas.

En el ordenamiento jurídico español esta cuestión se regula en el art. 11.1 LOPJ, que ha sido objeto de un eterno debate sobre su fundamentación, significado y alcance.

Por ello, la presente investigación pretende analizar una inquietante paradoja, pues una cosa es lo que dice la norma y otra lo que se aplica a diario en los tribunales de justicia, que han ido perfilando una serie de excepciones a la aplicación de la prohibición de la valoración de la prueba que han ido avivando tales debates.

Nadie puede negar que la literalidad del art. 11.1 LOPJ, cuyo breve contenido expositivo aparenta de un lado, sencillez conceptual y rigidez en su aplicación, en España un verdadero quebradero de cabeza, por cuanto la aplicación o no de la prohibición valorativa tiene importantes consecuencias, sobre todo en el orden penal.

Amén de que la indiscriminada importación jurisprudencial de doctrinas estadounidenses ha servido en innumerables ocasiones para enervar la aplicación de regla de prohibición del art. 11.1 LOPJ. Ello ha contribuido a complicar aún más el debate, Con las sentencias referentes al denominado caso "Lista Falciani", han acabado por dinamitar el debate y el art. 11.1 LOPJ.

ABSTRACT

The basis and treatment of illegal evidence has always been a matter of great interest to legal experts. However, its study and analysis has been a cause of conflict, since it concerns one of the essential issues of current democratic societies.

In the Spanish legal system, this issue is regulated in art. 11.1 LOPJ, which has been the subject of an eternal debate on its basis, meaning and scope.

Therefore, this research aims to analyze a disturbing paradox, since one thing is what the law says and another is what is applied daily in the courts of justice, which have been outlining a series of exceptions to the application of the prohibition of the evaluation of evidence that have been fueling such debates.

No one can deny that the literal meaning of art. 11.1 LOPJ, whose brief expository content appears, on the one hand, to be conceptually simple and rigid in its application, is a real headache in Spain, since the application or not of the evaluative prohibition has important consequences, especially in the criminal order.

In addition, the indiscriminate jurisprudential importation of American doctrines has served on countless occasions to weaken the application of the prohibition rule of art. 11.1 LOPJ. This has contributed to complicating the debate even more. With the sentences referring to the so-called "Lista Falciani" case, they have ended up blowing up the debate and art. 11.1 LOPJ.

INTRODUCCIÓN

OBJETO Y JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Empezando por la primera cuestión, que no puede ser otra que la explicación del objeto de la investigación, comenzaremos por señalar que este se encuadra en el ámbito de la prohibición de valoración de todo conocimiento y/o información de hechos y/o circunstancias, así como la disponibilidad de cualquier tipo de material, cuya disposición se tenga al alcance por medio de actos violatorios de los derechos fundamentales, en principio, en el seno de un proceso judicial.

La justificación, pues, del porqué de la elección de este tema ya ha sido apuntada, pero debemos explicarla como algo más de detalle en este momento. La actualidad y esencialidad del tratamiento académico de esta cuestión se encuentra fundamentalmente en que la referencia legislativa de este aspecto, íntimamente ligado a los derechos fundamentales, genera una falsa expectativa de simplicidad, al menos desde el punto de vista de su sintética exposición. El art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial dispone que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Dicho precepto fue concebido tras la publicación de la célebre STC 114/1984, de 29 de noviembre, ya que el legislador estimó la necesidad de positivizar y regular aquella faceta negativa -común e intrínseca- a todos los derechos fundamentales, cuyo encaje procesal era problemático, por cuanto aquella prohibición no tenía un correcto ajuste dentro del ámbito de la nulidad de los actos procesales.

La redacción del art. 11.1 LOPJ, cuyo breve contenido expositivo aparenta de un lado, sencillez conceptual, pero, por otro, proporciona en su aplicación un verdadero quebradero de cabeza a los operadores jurídicos, dado el profundo calado de la materia en lo que atañe a los derechos fundamentales

y libertades públicas tensionadas con otros intereses y valores susceptibles de ser considerados.

El debate siempre ha estado servido, no sólo relación con la denominada prohibición valorativa respecto de prueba directa, sino también de la llamada prueba refleja, que dio pie a la creación de la denominada doctrina de la "conexión de la antijuricidad". Esto supuso la creación de una especie de sistema, poco perfilado y de naturaleza casuística, de excepciones a aquella prohibición de valoración de las pruebas reflejas.

Abordar correctamente, desde el necesario rigor jurídico, esta temática desaconseja su reducción simplista a una mera exposición de los criterios doctrinales y jurisprudenciales al interpretar y aplicar el art. 11.1 LOPJ, pues son muchos los elementos jurídicos y morales tensionados en la aplicación de este breve precepto, que debe ser analizado caso por caso.

Una cosa es lo que dice la norma y otra lo que se aplica a diario en los tribunales de justicia donde los casos concretos exigen soluciones adecuadas a su idiosincrasia, provocando que los criterios generalistas suelen hacer aguas en cuanto se enfrentan con la realidad. Por ello, la solución a estos problemas exige indagar en el origen y evolución de los derechos fundamentales y libertades públicas, aparte de adentrarse también en las particularidades de nuestro proceso penal, por cuanto es en esa jurisdicción donde se acentúa el debate.

Como punto de partida, antes de pasar a abordar todas las cuestiones que conciernen a la regla de exclusión, se deben analizar algunas cuestiones básicas sobre la dinámica y relevancia de los derechos fundamentales y libertades públicas, que serán imprescindibles para tratar la problemática existente en torno a la prueba ilícita, puesto que dan respuesta a preguntas elementales como ¿qué posición y función tienen los derechos fundamentales y libertades públicas?, ¿por qué motivo se garantizan?, ¿cuáles son esas

garantías?, ¿cómo coexisten los derechos fundamentales?, ¿son los derechos fundamentales ilimitados?

Tampoco podemos olvidarnos, y por ello la analizaremos, de la gran influencia que ha tenido la jurisprudencia estadounidense -ciertamente desarraigada de un sistema constitucional moderno- con relación a la regla de exclusión, que ha venido operando, no a modo de faro o guía, sino más bien como sólido cimiento, no sólo en la aplicación de excepciones en relación con la prueba refleja, sino en la propia interpretación de la regla de excepción.

Por otro lado, no se puede desatender la necesidad de revisar la importación de las soluciones de sistemas extranjeros con los propios límites interpretativos de los operadores jurídicos -incluyendo al Tribunal Constitucional- en relación al art. 11.1 LOPJ, cuya regulación se circunscribe nada más y nada menos a la órbita del 53.1 CE.

Todo lo anterior debe ser analizado, además de por los motivos señalados anteriormente, porque desde la STC 97/2019, de 16 de julio, parece haberse derrumbado la fundamentación establecida en 1984.

Tampoco cabe duda de que la aplicación -o inaplicación- de la regla de exclusión puede ser traumática, por la innegable importancia de los elementos a ponderar.

La presente investigación, por todo lo expuesto, pretende aportar, dentro de nuestra propia sistemática, posibles soluciones e interpretaciones (esperemos que útiles) a los problemas recurrentes en la aplicación de la norma, que, desde luego, han sido acentuados por la importación de las soluciones jurisprudenciales de la Corte Suprema Estadounidense.

Tales soluciones interpretativas buscan una vía que intente satisfacer las demandas y finalidades que dice perseguir la polémica STC 97/2019, que

entendemos que, quizá sin quererlo, vacía parte del contenido del art. 11.1 LOPJ, estableciendo una especie de excepción a la aplicación del precepto en la jurisdicción penal.

Avanzamos que como sea que, por la vía anteriormente referida, llevando el art. 11.1 LOPJ hasta sus límites, no se podrá dar satisfacción a la fundamentación y finalidades de la nueva regla de exclusión -concebida y aplicada a golpe de sentencia- se aportará una propuesta *de lege ferenda*, aunque vaticinamos que, aún con ello, el debate seguirá abierto.

METODOLOGÍA

Al hilo de la justificación que se ha empezado a desbrozar en el apartado anterior, debemos detenernos siquiera unas líneas en explicar la particular metodología de análisis que hemos seguido en la investigación que se somete a su valoración.

En primer lugar, procede defender y explicar el tratamiento netamente constitucional del objeto de investigación. En este sentido, es preceptivo señalar que, ciertamente, el Derecho constitucional no es exactamente igual a otras ramas jurídicas, porque está sujeto a una serie de condicionamientos, que vienen determinados por la especificidad de su objeto¹. Pero admitir que es un Derecho

¹ Como acertadamente afirma el profesor DE ESTEBAN, J., “Encuesta sobre la orientación actual del Derecho constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 1, (primer semestre) 1998, pp. 32 y 33, “el Derecho constitucional es un Derecho *sui generis*, que está sujeto a unos condicionamientos políticos de los que suelen carecer el resto de las ramas del Derecho. Por supuesto, no cabe duda que hay que utilizar sin excusas el método jurídico en el estudio y la explicación de la Constitución, pero habría que convenir también que a veces se necesita algo más (...) sería una enorme superchería pretender que el funcionamiento de nuestra Constitución se puede explicar únicamente mediante la aplicación del método jurídico, tal y como parecen demostrar algunos especialistas vergonzantes de nuestra disciplina (...) En efecto, algunos parecen reivindicar no ya la teoría pura del Derecho en el estudio de nuestra asignatura, sino la teoría del Derecho puro, lo que parece demasiado. A todos ellos habría que recordarles que el Derecho, en general, y el Derecho constitucional en particular, no

sui generis en cuanto a su más reciente conformación, que otras ramas del Derecho no le resta un ápice de positividad, respeto de sus prescripciones y obligatoriedad en su aplicación, tal y como nos recuerda el art. 9.1 CE y, en relación estricta con los derechos fundamentales, el art. 53 CE, que constituirá una de las partes esenciales de nuestra investigación.

Estos tuvieron un particular desarrollo histórico en lo que se refiere a su tardía positivación. Esta es una cuestión que trataremos con más detalle en la primera parte de la presente investigación, pero vaya por delante que, si es indiscutible que los derechos fundamentales forman parte esencial del moderno Derecho constitucional debe ser también indiscutible que aquella regla que limita o regula su presencia como prueba en un proceso judicial por su vulneración es también materia netamente constitucional. Sin embargo y lamentablemente, es nuestra opinión, que la doctrina constitucionalista española ha dejado esta interesante cuestión en manos de los procesalistas, durante demasiado tiempo. Consideremos, por tanto, que estamos (casi) en la obligación de apelar y defender (así lo argumentaremos a lo largo de estas páginas) que se trata de una materia estrictamente constitucional, porque de derechos fundamentales estamos hablando ya sea de su nacimiento, desarrollo, aplicación normativa, ya sea de sus límites y garantías de protección en el seno de un proceso judicial.

De tal modo, que si es una cuestión indubitada que los derechos fundamentales son materia propia del Derecho constitucional, todo lo que afecte a su forma de materialización y ejercicio, debe serlo también al margen de que esto se desarrolle en un proceso judicial o no, máxime cuando también es la Constitución la que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva (apartado 1, del art. 24 CE) y a un procedo con todas las garantías (art. 24.2 CE), entre otras

constituyen un fin en sí mismos, sino sobre todo un poderoso medio para conseguir una sociedad más justa y democrática”.

cuestiones también reconocidas en este precepto. Es más, que el derecho fundamental pueda ser vulnerado en el seno de un proceso judicial, es decir, por un poder público lo sitúa por completo en la línea del art. 41 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de ahí, que su amparo, garantía y protección sea inexcusablemente materia constitucional.

Para esta labor es imprescindible conocer, comprender y manejar con soltura conceptos propios de la disciplina constitucional que trascienden más allá de la mera sucesión de partes de un proceso que terminará previsiblemente en una sentencia. Así, es necesario conocer cuestiones como el concepto de “contenido mínimo esencial de un derecho fundamental”, su reserva de ley y desarrollo y en qué se traducen las tan cacareadas “garantías” de los mismos. Esto es, qué mecanismos han sido regulados por los textos constitucionales para su protección y aseguramiento de forma efectiva. Solo desde la adecuada y rigurosa comprensión de una materia tan sensible como los derechos fundamentales se podrán acometer un completo estudio sobre la prueba obtenida tras la vulneración de derechos fundamentales y su admisión o inadmisión en procesos penales.

Esta cuestión, además, nos conecta con algo esencial para la parte dogmática de las Constituciones, que no es otra que el desarrollo histórico de su objeto de estudio y, en concreto, de los derechos fundamentales.

Por otra parte, como ya anticipamos ofrecemos una tesis en cierto modo atípica. Esta circunstancia tan particular obedece (no hace falta insistir en ello nuevamente) en el objeto principal de análisis, un asunto indistinguiblemente ligado a la evolución de los derechos fundamentales y a su paulatina configuración como derechos públicos subjetivos con garantías de protección y respeto, fundamentalmente judiciales, como consecuencia de su incumplimiento. Esta última circunstancia es la que supone un desarrollo histórico más parco del que suele ser habitual en las tesis propias de la Ciencia Jurídica.

Bien es sabido en los círculos académicos, que toda tesis debe, al menos, referirse al Derecho comparado y a los precedentes históricos, antes de analizar el Derecho positivo. Así lo haremos también nosotros, pero con la salvedad de que este análisis histórico no se referirá a exclusivamente a los precedentes de la conocida como “prueba ilícitamente obtenida” o “con vulneración de derechos fundamentales”, porque apenas existe comentario al respecto, dado que nuestro ámbito de estudio trae causa de la particular evolución y desarrollo normativo y positivación de los derechos fundamentales y sus garantías, que no ha sido efectivo hasta el 29 de diciembre de 1978.

Convenimos, a pesar de lo señalado, que estas tres cuestiones son de imprescindible análisis en toda tesis jurídica que se precie. Más aún, si se trata de una tesis de Derecho constitucional donde la conformación histórica del mismo es un asunto fundamental para su adecuada comprensión y, ante todo, para una explicación lógica y comprensible del “fenómeno” constitucional². Sin embargo, en nuestro caso, hay que señalar una serie de cuestiones que supondrán ciertos cambios en la tradicional metodología de investigación en las Ciencias Jurídicas.

Así, es necesario matizar, ya en estas primeras páginas, que nuestra investigación contiene una particularidad que se observará a lo largo de la

² Acogemos la denominación de GONZALEZ- HERNÁNDEZ, E., *La Revolución constitucional: breve compendio de historia constitucional europea comparada*, CEPC, Madrid, 2019, que, entre otras páginas, señala en la 30 que: “Por tanto, en la explicación del Derecho Constitucional es pieza fundamental su conformación histórica. Resulta difícil, pues, negar que en el Derecho constitucional existe una inquebrantable unión entre el Derecho constitucional *strictu sensu* y la historia política, amén del desarrollo constitucional. Es decir, que la historia política no es sólo una ciencia auxiliar para el constitucionalismo, sino que forma parte integrante del objeto mismo de la observación jurídica, porque sin historia política, el jurista es incapaz de explicar el nacimiento y el funcionamiento de las instituciones constitucionales de un modo riguroso y con vocación de completud”.

exposición de esta. El análisis de Derecho comparado -en especial es estadounidense- será un espacio absolutamente relevante para la exposición de la investigación, así como de sus conclusiones. No estamos diciendo que nuestro objetivo sea única y exclusivamente abordar el estudio de esta cuestión desde la perspectiva del Derecho comparado, sino que nos serviremos de su análisis crítico para la formulación de nuestra tesis. Ello es imprescindible, pues, como se comprobará la ausencia de reglas claras en el sistema español requieren del estudio de estas en otros sistemas para considerar las posibilidades de implantación con las necesarias adecuaciones. Por más que es imposible negar las claras influencias del sistema estadounidense, cómo se explicará con más detalle en el epígrafe III. A.

Por ello, y aunque es poco frecuente en la doctrina española (no así en la italiana, por ejemplo), pretendemos realizar una verdadera investigación de Derecho comparado que no se limite a la explicación descriptiva de un ordenamiento extranjero, sino a un análisis riguroso que permita establecer clasificaciones, criterios, puntos de encuentro, influencias constatables, parámetros de confortación o acuerdo, e,. incluso indeseables desajustes etc., con los que explicar las innegables influencias extranjeras habidas en nuestro sistema que han conllevado posibles adaptaciones y/o elementos de mejora, si los hubiere. Es esto lo que nos permitirá una explicación ordenada y lo más completa posible de la importante problemática que se esconde tras esta cuestión.

Para ello, no se puede analizar un único Estado y un único periodo temporal, un único país o grupo reducido de ellos, ni un único momento histórico, por mucho que sea el actual. Por mucho que los estudios de Derecho comparado se suelen circunscribir a los clásicos ordenamientos de Francia, Italia, Alemania y algunos de los países más relevantes de la órbita del *Common Law* como el Reino Unido y los Estados Unidos, en esta ocasión, si bien desarrolla con mayor profusión este último modelo, por su innegable influencia y referencia, se harán

las necesarias y oportunas referencias a otros sistemas, cuando así sea necesario y proceda.

Ahora bien, esto no quiere decir que, en el epígrafe dedicado al Derecho comparado, encontremos epígrafes independientes en que se describa el sistema de cada país. Al contrario, hemos optado por una de las tendencias de los últimos tiempos en el ámbito académico, cuando se trata de analizar y exponer los resultados del estudio riguroso y del proceso de reflexión del mismo. Esta tendencia supone introducir los necesarios elementos de comentario del Derecho comparado, al margen del más detallado análisis independiente del sistema estadounidense y su jurisprudencia, cuando así se necesite al hilo de la explicación del Derecho positivo español. Ahora bien debemos admitir que, en cierto modo, esta tesis hoy se encuentra a caballo entre la tendencia clásica y esta tendencia más propia de los tiempos actuales. Como se podrá comprobar de la sistemática que se somete a la valoración de este Tribunal, incluimos un apartado específico para la explicación y exposición del sistema estadounidense (entiéndase el sistema propio del *Common Law*, por lo que supone de herencia del Reino Unido), pero, a la vez, las referencias a otros sistemas incluyen al hilo de la explicación contenida en las páginas ulteriores o siguientes. Es decir, que el tratamiento de esta cuestión se centrará en las necesarias referencias a otros ordenamientos por su particular sistema de comprensión y aplicación de la prueba obtenida con vulneración de derechos.

En la exposición de estas cuestiones no se opta, pues, con carácter exclusivo o excluyente por diferenciar entre países, sino que se prefiere una explicación integral e integrativa, que permita una adecuada comprensión de las influencias recibidas de otras soluciones jurídicas.

Por este motivo, aunque lo tradicional en la tesis en Derecho es contener estas cuestiones en un único apartado, normalmente, antes del análisis del sistema vigente en España, en esta ocasión vamos a optar por un sistema mixto.

Esto es, además de este apartado donde expondremos con el detalle necesario las líneas maestras del sistema estadounidense, dado que individualiza, casi diríamos, el gran grupo sobre los que van a pivotar el resto y, en concreto el grueso de nuestra forma y modo de entender el complejo tema de la conocida como “prueba ilícita”. De otro modo, aludiéremos a otros sistemas u ordenamientos cuando se necesario para exponer y explicar la problemática y las propuestas o soluciones de *lege ferenda* que serán necesarias en la conformación de una tesis sobre esta cuestión.

Como se podrá comprobar, no se trata de una tesis meramente descriptiva o recopilatoria de opiniones doctrinales y sistemas extranjeros sin más bien, al contrario, pretendemos ofrecer una tesis armada y completa, que selecciona los elementos de análisis que verdaderamente aportan valor a esta investigación y que permiten armar propuestas de mejora de nuestro sistema, después de un proceso de reflexión y análisis riguroso y extenso tanto temporalmente como intelectualmente.

La comprensión global de la problemática que planteamos excede, pues, del limitado planteamiento de un estudio de Derecho comparado al uso, e, incluso de un análisis de los precedentes históricos al uso. Esta esta última cuestión, en nuestro caso, esto es el de la investigación de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales o ilícita se habría resuelto con un breve epígrafe de análisis que se resumiría en: “no hay precedentes históricos en el caso español”. Sin embargo, nosotros hemos considerado que esta opción conllevaría y supondría una peligrosa y arriesgada correlación de importantes defectos conceptuales y de comprensión de una materia tan compleja.

A ello se une un dato que distorsiona en gran parte la tradicional mecánica de la investigación jurídica y es que el concepto de prueba ilícita no aparece en ningún precepto de la Constitución, ni siquiera en el artículo 24.2 CE. Es un concepto que se, al máximo se podría inferir de la expresión: “Asimismo, **todos tienen derecho** al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa

y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, **a un proceso público** sin dilaciones indebidas y **con todas las garantías**, **a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa**, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Esto supone que la investigación histórica se complica, dado que la búsqueda de precedentes no puede realizarse sobre la base de rastrear en el texto de las Constituciones ya derogadas, pues no existe siquiera en la vigente. La explicación histórica de los “precedentes” debe desarrollarse de un modo en que se identifiquen los pilares esenciales para la construcción de la armadura que tratamos de sujetar. Por este motivo, además, el análisis histórico *strictu sensu* (ya lo veremos) no podrá limitarse únicamente a los siglos XVIII y XIX, sino se tendrá que ir más allá y más acá, también en el caso del Derecho comparado será necesaria cierta amplitud de miras que supere una clásica concepción de la investigación jurídica y esta sea, cada vez, más transversal e interdisciplinar que se acomoda más a los complejos tiempos de hoy en día.

Junto a esto, presentamos una investigación con vocación de interdisciplinariedad y transversalidad. Hoy en día, se repite con mucha frecuencia, que no se puede considerar al Derecho como compartimentos estancos. Esta concepción, afortunadamente ya abandonada, planteaba problemas al no considerar al “fenómeno jurídico” en su globalidad. Este es un caso claro de esta afirmación, pues una materia, que tradicionalmente ha sido tratada por los procesalistas debe ser revisada y explicada desde la perspectiva también constitucionalista e, incluso también, desde la óptica de la filosofía jurídica.

Por tanto, la decisión metodológica por la que se ha optado es la de la prevalencia del método comparado, porque, en realidad este “ha dejado de ser un puro método (...) para tener una nueva misión propia. Esta misión estriba en informarnos de las analogías y variedades (...) para ayudar a formar nuestra conciencia del mundo contemporáneo y entender los reflejos en cada pueblo de la ineludible unidad de la historia política mundial”³.

Junto a esto, las necesarias referencias a una actualidad en constante evolución nos hacen apostar por una exposición conjunta de la dimensión comparada y el Derecho positivo español. En realidad, en el Derecho Constitucional la línea divisoria, la estricta separación entre países no es una buena fórmula con que abordar el análisis del Derecho comparado vigente. Es esta la sintética explicación del *leit motiv* de esta investigación y del porqué del método escogido. La investigación era sencillamente inviable sin asentarse sobre estos dos pilares.

Sin embargo, el apartado histórico es una parte en que poco vamos a encontrar para el necesario proceso de reflexión que conlleva la metodología jurídica. Poco o nada hay antes de la vigencia de la Constitución de 29 de diciembre de 1978. El objeto de nuestra investigación está intrínseca e irremediabilmente ligado al concepto de derecho fundamental. Sin una concepción como la actual de los derechos fundamentales es imposible hablar de prueba ilícita, es decir, la prueba que aporta a un proceso que se ha obtenido vulnerando derechos fundamentales. Por ende, es necesario que primero se reconozcan los derechos fundamentales en el Derecho constitucional como Derecho público subjetivo digno de protección y garantía judicial.

Esta forma de entender y aplicar los derechos fundamentales no está presente en nuestro Ordenamiento jurídico hasta la actual Norma constitucional.,

³ SÁNCHEZ AGESTA, L., *Historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, p. 22.

ni siquiera podemos hablar de una concepción de los estos como la actual en la Constitución de 9 de diciembre de 1931. Amén de que consideramos también desarrollo histórico todo lo acontecido antes de la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial en 1985, en que se figura, por primera vez, en nuestro ordenamiento jurídico la referida regla de exclusión de su artículo 11. LOPJ. Tampoco se podrá hablar de un método o línea de análisis exclusiva. Son muchas las cuestiones a tener en cuenta, además del **Derecho comparado**. Ciertamente el peso de la documentación y **doctrina jurisprudencial** tendrá, quizás, un valor superior al de otro tipo de documentación como la **doctrina académica**, esto es, los estudios doctrinales sobre la cuestión. Obviamente la lectura y repaso riguroso de estos han sido una parte esencial de la investigación, pues han aportado importantes elementos argumentativos para el desarrollo de la tesis que sostenemos. Sin embargo, dado que se trata de un problema que se desarrollado con carácter general en el ámbito judicial, o cuánto menos, jurisprudencial esto es en las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que, a su vez vinculado, las decisiones de los tribunales inferiores. De ahí, que parezca, además de lógico, razonable el mayor peso de este tipo de documentación en la versión final de la investigación.

La ausencia de un sistema con criterios y parámetros fijos en España, antes de 1985 en que se aprueba la regla de exclusión expuesta en el artículo 11 LOPJ, supone, sin posibilidad de enmienda alguna, la existencia *a priori* de, al menos, dos fases: antes y después de 1985. A lo que se une el desarrollo jurisprudencial posterior de una amplia casuística que se resuelve siempre en los tribunales de Justicia, amén de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha venido marcando la pauta de los últimos años.

De ahí que la **jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional** serán imprescindibles, en ocasiones mucho más que los **estudios académicos**, para determinar los supuestos conflictivos, el porqué de

determinadas soluciones, las cuestiones esenciales y fundamentales a tener en cuenta para la determinación de un sistema con ciertas garantías; así como para intentar una clasificación de los supuestos más comunes con que se encuentran los tribunales de Justicia, así como los elementos que nos permiten ofrecer una sistemática ordenada de los casos ya resueltos por la jurisprudencia, que puedan servir de guía al operador jurídico.

Por otra parte, ocupa un destacado papel una línea de trabajo a menudo denostada por la doctrina científica como es el **análisis terminológico** de los preceptos en cuestión. Si el elemento de trabajo de los juristas son las palabras, se debe prestar especial atención al significado de las mismas y a la concreta elección de unas y no otras por las normas jurídicas. De esta elección podrá extraerse, también, conclusiones indiciarias o de apoyo a la interpretación que se pretenda defender. Sobre todo, al porqué de las causas que explican la elección de unas sobre otras, porque esta elección, casi nunca es casual (ya se sabe que no existen los sinónimos estrictos). Cada palabra, cada vocablo, cada término tiene un significado único. De ahí, que analizar también desde el “criterio de interpretación literal” no es, en absoluto, algo desdeñable y que se pueda descartar sin más para ofrecer una correcta interpretación de los preceptos a analizar. Por ello, a lo largo de estas páginas, este análisis terminológico se ha realizado con especial rigor, no solamente consultando el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española sino también el Diccionario para hispanico del español jurídico, el conocido como Malia Moliner y el famoso diccionario redactado por Covarrubias, referenciado por los lingüistas como “el tesoro”.

Esta amplia variedad de documentos consultados sobre la terminología de los términos, es poco frecuente en los estudios propios de las Ciencias Jurídicas, pero tiene una especial relevancia e importancia en el desarrollo argumentativo de la tesis que sometemos a su valoración. Así, se tendrá ocasión de comprobar en las páginas siguientes.

Por todo lo expuesto y concretando algo más el estudio del derecho comparado será tan relevante como imprescindible para la comprensión de una problemática tratada con mucha anterioridad en otros ordenamientos. Quizás por ello, nuestro sistema es heredero de aquellos que, en el momento de aprobación de la Constitución española de 29 de diciembre de 1978 llevaban ya tiempo aplicándose jurisprudencial y defendiéndose doctrinalmente esta cuestión de la prueba obtenida con vulneración de derechos. Nuestro sistema, en cierto modo acoge aquellas doctrinas, sobre todo la estadounidense, por lo que es obligado otorgar un lugar preeminente al análisis de los ejemplos de derecho comparado que ya hemos comentado. En estas latitudes en las que se moverá nuestra investigación, en desentrañar las líneas esenciales de los diferentes modelos allende nuestras fronteras, que permita determinar las soluciones más adecuadas a nuestro sistema de “Justicia” penal. He aquí, el importantísimo papel de los “modelos constitucionales” ofrecidos por la historia de Europa desde finales del siglo XVIII. Sobre todo, durante el constitucionalismo de principios del siglo XX, en los procesos constituyentes emprendidos en el periodo de entreguerras y, sobre todo, después de la Segunda Guerra Mundial; momento en que las diferencias constitucionales entre los nuevos Estados surgidos de la guerra se hacen verdaderamente gigantescas. Será así como podremos contraponer dos grandes grupos en el tratamiento de la prueba ilícita: el estadounidense, de claras raíces anglosajonas, y, por supuesto, el denominado “continental”, que, no obstante, observa, a día de hoy, una importante evolución en cada uno de los ordenamientos jurídicos de aquella Europa continental.

**I. EL “ESTADO DEL ARTE”
SOBRE LA REGLA DE
EXCLUSIÓN:
CONSIDERACIONES PREVIAS
Y PRECEDENTES HISTÓRICOS
NECESARIOS**

A. Consideraciones previas

Como en cierto modo hemos anticipado en las páginas previas en que explicamos la metodología a seguir en la investigación que presentamos, en esta primera parte, hemos optado por exponer los elementos necesarios para la construcción de nuestra tesis posterior. Es decir, en el intento de construcción de un contexto histórico que ayude a adecuada la comprensión de la problemática actual de la prueba obtenida violentando derechos, hemos optado por la explicación histórica de una serie de cuestiones esenciales; cuestiones que, si bien, *a priori*, pudiera parecer que carecen de ligamen argumentativo, son imprescindibles para comprender el contexto concreto en que se puede dar el problema de la prueba ilícita.

Nada más lejos de la realidad, pues todos estos elementos actúan como los ingredientes de una “*mise en place*”⁴ que terminará por ofrecer una “*delicatessen*” jurídica apta solo para paladares exigentes.

En definitiva, explicaremos, en primer lugar, el contexto histórico de la razón de ser de esta tesis de Derecho constitucional, que no es otro que el de la conformación y evolución histórica de los derechos fundamentales; unos derechos fundamentales que pasarán de considerarse meras declaraciones programáticas en los primeros albores del constitucionalismo, a convertirse en verdaderas normas jurídicas directamente aplicables y obligatorias para los poderes públicos en su respeto y garantía, con ocasión de la conformación del

⁴ Recordemos que el término “*mise en place*” es un término francés que vendría a ser sinónimo de “colocar todo en su lugar” y que es frecuentemente utilizado en la gastronomía para definir la preparación previa que debe hacerse antes de comenzar una sesión.

modelo de constitucionalismo normativo centro europeo en el periodo de entreguerras. Sin lugar a duda, este momento marcará “el hito” de evolución del “primigenio” Derecho constitucional al Derecho constitucional contemporáneo.

Esta última cuestión es esencial para abordar el objeto de nuestra investigación, que, en el fondo, órbita alrededor de la defensa y garantía de los derechos fundamentales es una cuestión tan imprescindible (como inimaginable sería su ausencia de los textos constitucionales). La época en la se van perfilando los más adecuados sistemas de protección de los derechos fundamentales difiere según se esté a uno u otro lado del Atlántico. Así en Estados Unidos la dimensión subjetiva de los derechos avanza más rápidamente. Sin embargo, en Europa se gesta más poco a poco (y a fuego lento) y, con ello, la problemática de la prueba obtenida violentando derechos fundamentales ha sido algo más tardía, si bien no menos pacífica.

De ahí que haya sido, desde entonces, quizás, el contenido constitucional que mayor número de controversias ha planteado y generado; una cuestión, que, sin duda, seguirá, produciendo situaciones y decisiones judiciales dignos de sesudos comentarios. De ahí, que dado que este tipo de vulneración de derechos se suele dar en el seno de un proceso judicial (aunque también puede dar en instancias pre-procesales, como luego se verá), debemos continuar con la explicación del sistema de justicia previo a la instauración de los modernos sistemas constitucionales tras la Revolución francesa.

Esta cuestión nos ayudará a comprender lo trascendental de reconocer y proteger los derechos fundamentales cuando se desarrollan dentro de un proceso o como fase de instrucción o de recopilación probatoria, por contraposición a la situación previa de absoluto desamparo procesal. No obstante, y en concreto, por lo que respecta al constitucionalismo histórico español, comenzaremos por el comentario de la Constitución de 1876, dado que es bajo su vigencia se aprueba la primera ley provisional de organización judicial de 1870 y las subsiguientes leyes de enjuiciamiento y criminal.

B. La “Justicia” en el Antiguo Régimen

El desarrollo del Derecho constitucional se ve ampliamente condicionado por las circunstancias históricas que rodean a su objeto⁵. Este es nuestro caso, porque la problemática sobre la prueba ilícita, esto es, la prueba vulneradora de derechos depende en todo momento y lugar de la necesaria afirmación constitucional de estos en el máximo de sus garantías de protección. De ahí, que los precedentes históricos comprenden un menor espacio temporal, y sean más cercanos que en otros temas que atañen al Derecho constitucional.

No obstante, esta circunstancia no es óbice para recordar algunos aspectos necesarios e imprescindibles para la adecuada y completa comprensión del tema. En Derecho como en otras Ciencias sociales la mayoría de los conceptos usados tienen tras de sí una gestación histórica. Por ello, es recomendable ahondar y bucear, en la medida de lo posible, en los precedentes históricos, por pocos que estos sean, pero no cómo mera sucesión cronológica de acontecimientos, sino que en la misma esencia comprensiva y comprensible de este Derecho está el análisis riguroso y detenido de sus circunstancias.

Comencemos, pues, recordando que el advenimiento de los modernos Estados democráticos de Derecho, conllevaron la afirmación y progresivo afianzamiento del principio de legalidad y el derecho a la tutela judicial. Nótese que hemos señalado “progresivo” afianzamiento. En esto, como en todo lo que tiene que ver con el constitucionalismo, el trasunto histórico resulta fundamental para comprender, después, el porqué de cuestiones que, a día de hoy, damos por sentadas.

⁵ SÁNCHEZ NAVARRO, Á., *Las minorías en la estructura parlamentaria*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 25.

Por tanto, en la explicación de cualquier aspecto que atañe el Derecho constitucional su conformación histórica será una clave esencial. Quizás, en el Derecho constitucional, más que en otras disciplinas, exista una inquebrantable unión entre el Derecho constitucional *strictu sensu* y la historia constitucional. La historia no es sólo una ciencia auxiliar para el constitucionalismo, sino que forma parte integrante del objeto mismo de la observación jurídica, porque sin historia, el jurista es incapaz de explicar el nacimiento y el funcionamiento de las instituciones constitucionales⁶, actuales y, por ende, no puede comprender determinadas sutilezas legales jurídicas que explican una particular, si se quiere, interpretación ontológica.

Dadas estas circunstancias, es necesario, más aún que en otros temas a analizar, se debe evitar el “lugar común” del “presentismo en el que han incurrido numerosos constitucionalistas. Nos estamos refiriendo a la costumbre de acercarse al constitucionalismo del pasado no tanto para comprenderlo y explicarlo, cuanto, para justificar sus propias elaboraciones doctrinales, pues este “*presentismo* es la causa de muchos anacronismos, extrapolaciones y prolepsis o anticipaciones al examinar las doctrinas y los conceptos constitucionales”⁷. Esta afirmación, si es válida con carácter general, más en el objeto de nuestra investigación, que como ya dijimos es un problema actual y en constante evolución, que no se puede trasladar sin más a momentos pasados. Por ello, aunque realicemos el obligado repaso al sistema de Justicia previo al constitucionalismo, no debemos caer en la tentación de interpretarlo según los parámetros actuales. Ciertas realidades y/o axiomas perfectamente asentados

⁶ MIRKINE-GUETZEVITCH, B., “L’histoire constitutionnelle comparée”, *Annales de l’Institut de Droit Comparé de l’Université de Paris*, vol. II, 1936, p. 85.

⁷ VARELA SUANZES CARPEGNA, J., “Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional”, *Historia Constitucional. Revista electrónica*, nº 8, 2007, pág. 12 (<http://hc.rediris.es/08/index.html>).

en el momento actual, no existían en los primeros momentos de la historia de la humanidad.

Dicho en *roman paladino*, el mundo de hoy en día es bien diferente del de los siglos XVI, XVII y XVIII. Como también lo son que “los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal sino en un lugar y fecha conocidos y, a consecuencia, de procesos históricos de los que arrastran una carga quizás invisible, pero condicionante”⁸.

Comencemos pues por la situación previa de absoluta indefensión en la difícil tarea de la Administración de Justicia durante el Antiguo Régimen y su traslación a un nuevo sistema de organización constitucional que apenas se compagina con aquellas viejas formas. Había que aplicar cambios trascendentales también en el modo de impartir Justicia y en la normativa que regulaba esta cuestión; asunto ciertamente difícil porque, entre otras cuestiones, “el nivel de conocimientos historiográficos sobre el tema no nos permite realizar una descripción, ni siquiera somera, de todos y cada uno de los innumerables organismos implicados entonces en la administración de Justicia. Por otra parte, la falta de racionalidad del sistema administrativo objeto de nuestro estudio hace imposible la confección de un organigrama preciso”⁹.

Lo que es posible afirmar es que “en aquella sociedad, constitucionalmente desigual, en la cual el sistema de privilegio discriminaba a las personas en virtud de muy diferentes circunstancias: estamento, linaje, lugar

⁸ TOMÁS Y VALIENTE, F., *Constitución: Escritos de introducción histórica*, ed. Clavero, Madrid, 1996, p. 149.

⁹ DE LAS HERAS SANTOS, J. L., “La organización de la Justicia Real ordinaria en la Corona de Castilla durante la Edad moderna”, *Estudis: Revista de historia moderna*, núm. 22, 1996 (Ejemplar dedicado a: Conflictividad y represión en la sociedad moderna), p. 105.

de nacimiento, lugar de residencia, gremio, institución de estudio, etc., existían un sinnúmero de diferenciaciones jurídicas para dar a cada súbdito, estamento y corporación el tratamiento legal correspondiente a su rango. Así se comprende que durante siglos se mantuviera vigente un sistema judicial basado en la plurijurisdiccionalidad extrema, muy denostado por los liberales del siglo XIX a causa de su falta de racionalidad”¹⁰. Por tanto, no es difícil comprender que durante este Antiguo Régimen no se “evidenciaba, en absoluto, una mayoría de edad en cuanto a un desarrollo maduro del poder judicial tras la quiebra del modelo del Antiguo Régimen que concentraba en la figura del Rey y en su entorno más inmediato la capacidad de decidir y arbitrar con los mismos fundamentos que en el pasado, pero con distintas formalidades”¹¹. Reinaba, por tanto, un profundo sentimiento de confusión e inseguridad en todo lo que tenía que ver con la impartición de Justicia junto con una estructura sociopolítica de la época en poco (o nada) se asemeja a la actual¹².

En España, la primera Justicia, es decir, la categoría más baja de la Judicatura, la integraban los alcaldes ordinarios, nombrados por los corregidores, sin ninguna equivalencia con nuestros actuales alcaldes, sino que se trataba de una categoría como tal de personas del lugar y honradas y que supieran escribir, que se elegían por el Consejo y nombraban por el corregidor en su calidad de representante del poder del Rey en esa villa o localidad. Tenían también competencias gubernativas y compartían jurisdicción con el corregidor¹³. A continuación, debemos hablar de los jueces comisarios,

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ DÍAZ SAMPEDRO, B., “La responsabilidad judicial desde la Constitución de Cádiz hasta la Restauración”, *Foro Nueva Época*, núm. 1, 2005, p. 110.

¹² GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, E., “Aforamiento ante el Tribunal Supremo y responsabilidad de los empleados públicos: la diferente separación de poderes en los orígenes del constitucionalismo”, *Revista General de Derecho Comparado*, núm. 21, 2017 (URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6231333>, fecha de consulta: 2 de febrero de 2023).

¹³ DE LAS HERAS SANTOS, *op. cit.*, p. 135.

visitadores y alcaldes de barrio etc., y, después de la jurisdicción de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, también conocida como Sala Quinta del Consejo, las Chancillerías o Reales Audiencias y Chancillerías que se organizaban en la Sala de lo Civil, de lo Criminal y de Hijosdalgos. A estos agentes se unía el Consejo Real, que era considerado el primer órgano de la Monarquía castellana que “reunía en sus manos facultades judiciales, gubernativas, e incluso legislativas”¹⁴.

El conocido como Consejo de Castilla se creó por la Real Cédula de Felipe V, este tenía su sede en el Palacio de D^a María de Austria, según lo establecía la Novísima Recopilación, Ley 1^a, Título 2^a del Libro IV. Contaba con un presidente y treinta ministros, adscritos a cinco Salas: Gobierno, Justicia, Provincias Mil Quinientos y Alcaldes, que conocían “no solo de los asuntos de Justicia, sino de otros de carácter gubernativo o administrativo (...) De estas Salas, la de los Alcaldes era competente para los asuntos criminales, en última apelación, y la de Mil Quinientos conocía de los recursos de nulidad y segunda suplicación, fuerza en conocer y otros asuntos de gravedad”¹⁵. Por tanto, el Consejo de Castilla “era grande la confusión entre las atribuciones de Alcaldes y Corregidores por hallarse ambas funciones muy vinculadas con la autoridad real en el sistema absolutista (Novísima Recopilación Libro IV, Título IV, leyes, 1^a, 2^a y 5^a)”¹⁶.

En cualquier caso, en los momentos previos al estallido de la Revolución francesa, los órganos judiciales superiores eran Consejo Real o Consejo de

¹⁴ *Ibidem*, p. 109.

¹⁵ LASO GAITE, J. F. “Aportación a la historia del Tribunal Supremo de España (Su evolución legislativa y en los proyectos de Tribunales; nota biográfica de cada de sus Presidentes y relación de los discursos de apertura de Tribunales)”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, diciembre, 1969, p. 568.

¹⁶ *Ibidem*.

Castilla, el Consejo de Navarra, los Consejos de Corte, las Chancillerías y las Audiencias. Mientras que los órganos judiciales inferiores fueron los corregidores, gobernadores, intendentes, alcaldes mayores y alcaldes ordinarios. Todos estos tenían competencias de variada índole, no solo judiciales.

No obstante, a diferencia de Francia, en las Coronas de Castilla y Aragón nunca se enajenaron ni se vendieron oficios de jurisdicción en sentido estricto, dado que el nombramiento de los jueces o personas con funciones judiciales era competencia exclusiva del Rey que lo ejercía a través del Consejo de Castilla. Este era informado sobre los “méritos” de las personalidades y proponía al Soberano los que consideraba más adecuados. Lo cierto es que la monarquía evitaba nombrar jueces entre los miembros de la más alta nobleza, aunque en iguales circunstancias de virtud y ciencia, prefería los nobles a los plebeyos y solo quienes gozaban de una desahogada posición económica eran elegidos, pues de otra manera se creía que no ofrecían garantía suficiente de imparcialidad¹⁷.

En conclusión, el ambiente era de acusada confusión entre poderes en los momentos de surgimiento del constitucionalismo. Así, aunque en 1810 se promulgase el Decreto de 24 de septiembre que conservó la magistratura y planta judiciales existentes en España¹⁸, no parecía haber una clara intención de ruptura con magistratura, estructuras y las prácticas institucionales hasta entonces existentes¹⁹, a pesar de los nuevos vientos de constitucionalismo. Quizás, porque la reforma de la administración de justicia constituía, por su

¹⁷ DE LAS HERAS SANTOS, *op. cit.*, pp. 107 y 108.

¹⁸ LORENTE SARIÑENA, M. y MARTINEZ PÉREZ, F. y SOLLA SASTRE, M^a. J., *Historia legal de la Justicia en España (1810-1978)*, Iustel, Madrid, 2011, p. 21.

¹⁹ *Ibidem*, p. 22.

dimensión, una empresa casi inabarcable, para lo que aquellos primeros momentos no del constitucionalismo no había capacidad alguna²⁰.

En Francia la situación era similar, pues en los momentos previos a su Revolución se vivía en el sistema político propio del absolutismo, que había conseguido afianzarse “tras un largo proceso de concentración de facultades administrativas, militares, judiciales y fiscales en manos del monarca”²¹. Este sistema también impuso su hegemonía en el ámbito judicial

En definitiva, que, durante el Antiguo Régimen el “estado de las cosas” reposaba sobre las bases de una sociedad feudal, en que la nobleza gozaba de privilegios como consecuencia de su dedicación a los servicios públicos, lo que terminó por generar un círculo cerrado en que los plebeyos difícilmente podían entrar²². Se trataba de una situación privilegiada que el Poder real podía agrandar a su antojo, ampliando el número de funciones y gozando de exención en los impuestos. Incluso existían ciertas penas que jamás podían serles impuestas, además de obtener fácilmente el perdón o la absolución. Junto a esto, en materia criminal, solo comparecían frente a los llamados “Parlamentos” y su juicio correspondía a la Gran Cámara. Por tanto, la Revolución francesa no tenía otra alternativa que intentar cambiar los esquemas propios del Antiguo Régimen,

²⁰ Sobre esta cuestión puede consultarse GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, “Aforamiento ante el Tribunal Supremo y responsabilidad de los empleados públicos... *op. cit.*”

²¹ BLANCO VALDÉS, R., *La construcción de la libertad*, Alianza editorial, Madrid, 2010, p. 38.

²² Recuerda ESMEIN, A., *Cours élémentaire d'histoire du droit française*, Librairie de la Société a du Recueil Sirey, París, 1925, pp. 653 y ss., que dentro de la nobleza existían tres clases de categorías: la nobleza de raíz que se derivaba del nacimiento, la nobleza de letras que la confería el Rey por “carta de patentes” y la nobleza de dignidad civil que resultaba de ostentar determinados empleos y dignidades.

también, en materia de Justicia²³ y, así ocurrió en la Asamblea constituyente se convino en la necesidad de realizar reformas en esta materia. Es así como por Decreto de 8 de octubre y de 3 de noviembre de 1789 se inaugura la reforma de la Justicia en Francia, porque como recordó Montesquieu, en el Capítulo VI del Libro XI de “*L’esprit de Lois*”, el poder judicial era el máximo exponente de aquello que simbolizaba los ecos de la vieja “*noblesse de robe*”.

Por lo que hemos comentado en estas breves líneas, es obvio que este “poder judicial”, en realidad, tenía poco que ver con el Poder judicial de hoy en día, pues la Administración de Justicia, como todo en aquel modelo sociopolítico, estaba altamente estamentalizada, por no hablar de la “desviación” o confusión de la típica función jurisdiccional como las funciones políticas y administrativas²⁴. Los nuevos parámetros por los que se creía debían regirse la nueva sociedad constitucional, esto es, la separación de poderes y la libertad e igualdad del individuo eran incompatibles con la supervivencia de este tipo de organización, no solo confusa, sino profundamente discriminadora.

Montesquieu que, conocía bien el paño (si se nos permite la expresión) porque había sido presidente del Parlamento de Burdeos señalaba que: “Es necesario además que los jueces sean de la misma condición que el acusado, para que este no pueda pensar que cae en manos de gentes propensas a irrogarle daño”²⁵. Es más, no se trataba solo de que los cargos se heredasen, sino que se vendían y, por ende, se pagaban a precios altísimos. Así, el oficio de juez pasaba el cargo a su heredero y el Rey, cuando se le presentaba el acuerdo,

²³ Puede consultarse, entre otros, ROYER, J.-P., *Histoire de la justice en France*, Presses Universitaires de France, 1995, 3ª ed.

²⁴ FERNÁNDEZ-CARNICERO, C. J., “Parlamentos y Poder judicial (acotaciones a la escena política de la Revolución francesa. 1789-1791)”, en *El Poder judicial en el Bicentenario de la Revolución francesa*, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, p. 176.

²⁵ BARÓN DE MONTESQUIEU, CH. L. DE SECONDANT, *El espíritu de las Leyes*, Tecnos, 4ª ed. Madrid, 1998, p. 109.

obligaba al pago²⁶. En consecuencia, para ser juez, necesariamente debía contarse con una importante fortuna, que, parecía les garantizaba cierta independencia del poder regio. Ellos eran grandes propietarios y terratenientes que gozaban de una privilegiada situación en sus ciudades, mientras que el Rey conservaba, en cierto modo, el privilegio de nombramiento de los magistrados a los que considerase más favorable. Había, no obstante, cierta independencia que impedía injerencias de la autoridad real y garantiza un espacio impermeable a las pretensiones de todo aquel que no tuviese una más que desahogada posición económica, es decir, a todo aquel que no perteneciese a la nobleza²⁷. Ahora bien, aquella independencia del poder regio, no suponía, en ningún caso, una mayor Justicia, porque, en definitiva

En resumen, la radiografía de todo lo expuesto adolecía de un claro alejamiento de los justiciables, de lentitud y carestía de los procesos, de una relevante y preocupación de la deshumanización del proceso penal, exclusivamente inquisitivo y secreto para los procesados. Por tanto, lo normal era el recelo sobre este sistema, por lo que tenía de escasamente respetuosa con, el derecho a la dignidad humana, a la defensa y a la igualdad de todos ante la Ley.

De ahí que pareciese no hubiese otra alternativa que la de apostar por la primacía de la ley, como máxima expresión de la lógica pretensión revolucionaria de la primacía de un Legislativo ahora en manos de los que pretendían un cambio radical para la “constitución” francesa hasta entonces

²⁶ Los “Estados generales” prohibieron la “venalidad” de la transmisión del oficio entre 1356 y 1484.

²⁷ GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, “Aforamiento ante el Tribunal Supremo y responsabilidad de los empleados públicos... *op. cit.*”

conocida²⁸. Por ello, desde entonces en Francia y en el resto de los países que abrazaron el constitucionalismo bajo su influjo, es decir, prácticamente toda la Europa continental (aunque en diferentes momentos) se tuvo que fundamentar irremediabilmente en el principio de primacía de la ley, dado que era imposible contar con un sistema judicial que se adecuase a esta nueva realidad por construir.

Como será difícil imaginar, el camino no fue fácil. En realidad, la revolución consistió en un nuevo Legislativo, al margen del poder omnímodo del Monarca que era así hasta la fecha. Por ello, se puso especial énfasis en insistir que los jueces no podían arrogarse función pública distinta de las que les hubiesen sido atribuidas por la Constitución y que estaban sometidos, en todo caso, al imperio de la ley. Desde este momento el principio de supremacía de la ley será incontestable en el contexto continental-europeo. Por tanto, no se podía más que negarle la condición de verdadero Poder al poder judicial, tal y como ya explicó ya hizo Charles-Louis de Secondant cuando comentaba la teoría de la separación de poderes en Gran Bretaña: “Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen el derecho civil [...] Llamaremos a este poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado”²⁹. Por lo tanto, los jueces venidos del Antiguo Régimen deben limitarse a la mera la aplicación de la ley. Opción esta que encajaba perfectamente con la posición defendida por Montesquieu respecto de un poder, el judicial, “*en quelle façon nulle*”.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ BARÓN DE MONTESQUIEU, CH. L. DE SECONDANT, *op. cit.*, p. 107. También DUGUIT, L., *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 85: “Pero el orden judicial no constituye un *poder*; el orden judicial es un agente de ejecución subordinado al poder ejecutivo, salvo algunas excepciones establecidas en interés de los ciudadanos”.

Desde los planteamientos teóricos, lo lógico es que los revolucionarios demostrasen toda cautela contra el Poder judicial que se consideraba un arma contra la revolución. Este era visto como un poder tendente a abusar, que era lo que verdaderamente temía la Asamblea legislativa, tal y como afirmó también Léon Duguit: “el principio de independencia del poder judicial conducía también a la Constituyente a aprobar que el cuerpo legislativo no debía jamás impartir justicia y que carecía de acción sobre el poder judicial”, si bien con la importante excepción de la acusación de los ministros, si bien esto no fue lo fundamental en el debate constituyente de 1791 sino que, como añade Duguit, los tribunales no se inmiscuyeran en el ejercicio del poder legislativo, tal y como se aprueba en sesión de 16 de agosto³⁰.

C. La gestación histórica de los derechos fundamentales y sus garantías: los derechos fundamentales antes y después del constitucionalismo de entreguerras

Siendo esta la realidad, la inserción en un sistema tan diferente de un nuevo concepto como el de “derechos fundamentales” suponía grandes dificultades de adaptación. Es más, nos atreveríamos afirmar que, en realidad, casi parecía necesitar de un nuevo marco, construido *ex novo*. Quizá por ello, se tardó tanto en construir el concepto de “derechos públicos subjetivos”, así como un verdadero sistema de garantías de protección, que, además, requería de una profunda reforma del sistema de administración de Justicia.

Esta idea, perfectamente asentada en el imaginario colectivo actual, no fue tan fácil de asentar. Llevó mucho tiempo y más aún su traslado a los procesos

³⁰ *Ibidem*, p. 105.

judiciales, por lo que suponía de reforma de este en cuestiones esenciales. Por ello, conviene que repasemos, si quiera brevemente, cómo evolucionó la historia de los derechos fundamentales hasta llegar al punto en el que nos encontramos ahora, en el que vivimos en un mundo donde no se puede negar que exista una conciencia perfectamente arraigada respecto de la necesidad y existencia de los denominados “derechos fundamentales”. Esa conciencia, que podemos definir como “globalizada” se entiende como genuina de la cultura occidental, sobre todo en cuanto a su aplicación efectiva. Así, al margen de la opinión de autores como Pérez Marcos, que señala como cabe apreciar la existencia de “elementos importantes en la toma de conciencia de la dignidad humana, y en el inicio del reconocimiento jurídico de los derechos humanos, aunque no como derechos subjetivos universales pertenecientes a todos los hombres, sino como privilegios inherentes a determinados grupos sociales. Se trata de un complejo variable y asistemático de derechos, nacido de las necesidades sociales que se iban adscribiendo a los estamentos, en el que se percibe de una forma inequívoca la raíz común de determinadas instituciones sociales (...) y también la racionalidad de su evolución histórica, la inmutabilidad de lo abstracto y la solidez de determinados factores que se mantienen constantes desde que el hombre conoce su propio pasado”³¹, lo cierto es que con el iusnaturalismo racionalista es cuando, el contenido de los denominados “derechos subjetivos” muda hacia una perspectiva individualista, por cuanto se abandona la concepción del iusnaturalismo clásico -explicativo del orden de las cosas- para atender a los derechos naturales -provenientes de la razón y de la voluntad humanas- como auténticos instrumentos limitativos frente al poder establecido, que habitualmente los violenta.

Como recuerda González-Hernández, las bases ideológicas del constitucionalismo, esto es, la “Ilustración” y del “Iluminismo” difundieron su

³¹ PÉREZ MARTOS, R. M^a., “los derechos humanos hasta la edad moderna”, en *Historia del derecho*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, p. 54.

convencimiento sobre la necesidad de redefinir las obsoletas relaciones entre gobernantes y gobernados, que garantizase ese “mejor gobierno” tan repetido que sería aquel en el poder no pueda abusar y deba respetar determinados espacios de libertad sin injerencias³². Por tanto, no se trataba solo de garantizar la separación de poderes, sino del reconocimiento de una serie de derechos humanos, sobre los que hacía tiempo se teorizaba pero nunca se habían reproducido sobre el papel, aunque solo fuera formalmente. Esto no es ni más ni menos que la apuesta por la doctrina rousseauiana que, pretendía responder, aunque imperfecta, a las aspiraciones de libertad y a las tendencias igualitarias de aquella época³³, que bebe aguas del iusnaturalismo racionalista, fuente primordial de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Francia de 1789 con sus referencias al estado de la naturaleza, al pacto social a los derechos naturales e inalienables del hombre y a la soberanía del pueblo³⁴.

Este es el germen de la aparición del concepto de “derecho fundamental” que tanto y tan fuertemente ha calado en las actuales sociedades democráticas, como si se tratase de una realidad que hubiese existido siempre. Pero nada más lejos de la realidad. Primero fue la libertad como pilar ideológico-estructural de las sociedades políticas surgidas a raíz de la “Gran Revolución euro-atlántica”

³² GONZALEZ-HERNÁNDEZ, *La revolución constitucional...op. cit.*, p. 44.

³³ SENAC DE MEILHAN, G., “De los principios y las causas de la Revolución francesa”, en De Meilhan, S. y Barnave, A., *Dos interpretaciones de la Revolución francesa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p.879.

³⁴ VARELA SUANZES (Ed.), *Textos básicos de la historia constitucional comparada*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. XIX.

de 1787-1789, pues era así como se materializa, en la práctica, el reconocimiento de un catálogo de derechos y libertades³⁵.

Ahora bien, esta afirmación se convierte en realidad en un tiempo relativamente cercano. Baste como ejemplo, la libertad, que entendida en términos de reconocimiento al ciudadano de un espacio ajeno a la intromisión de los poderes públicos, es muy reciente, si bien aparece ya en el art. 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en donde se expresa, que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, al igual que el constitucionalismo estadounidense³⁶.

Sin embargo, y, a pesar de este semejante punto de partida, las situaciones de partida a uno y otro lado del Atlántico eran tan diferentes, que han evolucionado de un modo netamente divergente.

Recordemos que, en los Estados Unidos, a diferencia de Europa, el constitucionalismo se abrió paso sin tener que hacer frente a todo el muro de resistencias histórico-tradicionales. Mientras que en Europa todo supuso un mayor esfuerzo, por la existencia de un “príncipe” *legibus solutus*, es decir, de una figura que se resistía a ser aniquilada sin más: el Rey, el Monarca, el Soberano... Esto limitó, al menos al principio, el alcance cuanto menos la ralentizó. Así, el entendimiento de la Asamblea como órgano representativo y, por ende, la primacía del principio de legalidad fueron el eje en torno al que giró este incipiente de Derecho constitucional. En definitiva, la supremacía *política* del Parlamento y la supremacía *jurídica* de la ley que influyeron, en demasía, largas décadas en la Europa continental, acarreado a toda una serie de consecuencias en el ámbito de

³⁵ GONZALEZ-HERNANDEZ, *op. cit.*, p. 47.

³⁶ Recordemos la famosa Declaración de derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776, cuyo artículo 1 prescribía: “Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que, una vez constituidos en sociedad, no puede en lo sucesivo privarse o desposeerse por ningún pacto; a saber, el goce de la vida y de la libertad”.

la teoría de la Constitución, que retrasaron mucho el desarrollo de los derechos fundamentales.

En las colonias americanas existía y se constataba un profundo sentimiento democrático, porque se trataba de una sociedad variopinta de emigrantes, que no dejó hueco a la de aristocracia. Esto allanó el camino a la redacción de declaraciones de derechos, incluso antes de la aprobación de la vigente Constitución de 1787.

Serán estos derechos los que terminarán por soportar el peso de la estructura constitucional y que permitió un avance más rápido del “concepto racional normativo de constitución, con su tabla de derechos, su división de poderes, su soberanía de la ley, su distinción entre parte dogmática y orgánica, pasa a Europa. Es decir, como afirma la profesora González-Hernández, curiosamente “para los europeos, la idea de una Constitución y de una declaración de derechos se materializaba, por primera vez, en América”, a pesar de contar ya con textos constitucionales y con la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789³⁷.

Es cierto, que el sentimiento de cambio constitucional existía en Europa, pero por lo que respecta a la materialización de los derechos humanos fue mucho más lento que aquel “símbolo” de ruptura con el absolutismo monárquico. La prevalencia (al menos teórica, del Poder legislativo), supuso la supremacía de todo lo aprobado en la Asamblea, incluso aquello que fuese en contra de la vigencia de los derechos fundamentales.

En definitiva, en el nivel constitucional no podemos constatar su existencia antes ya de las diez primeras enmiendas de la Constitución americana

³⁷ GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 69.

y faltaba tiempo para que se hiciera fuerte su concepción y conceptualización como “derechos subjetivos”, que bien pueden identificarse con la culminación de la Guerra de la Independencia estadounidense (aunque de ella no surgió una ruptura efectiva o real con el orden social preexistente), sino que también y de manera implícita comenzó a gestarse la denominada concepción objetiva de tales derechos.

Cabe, pues, reseñar que el máximo exponente del iusnaturalismo racional puede hallarse en la Revolución francesa de 1789, “que trajo consigo grandes transformaciones en las condiciones de vida y en la política de los franceses, de Europa en general y del mundo, por su carácter universalista”³⁸. No obstante, no perseguía una finalidad cautelar como la estadounidense, sino un cambio efectivo de sistema en torno a los derechos naturales -que exigía importantes modificaciones estructurales y legislativas- pues el Antiguo Régimen se caracterizaba por su intromisión sistemática en tales derechos, no siendo suficiente la concepción “cautelar y subjetiva”, sino una concepción que trascendiera a la propia organización del Estado en torno a las máximas de libertad e igualdad que se erigen como mandatos de actuación para poder acometer la finalidad revolucionaria, esto es, una primigenia concepción objetiva de los mismos. Con ello nació lo que denominamos el Estado Moderno, donde dicho pacto de los hombres justifica la posición superior Estatal en la capacidad y exigibilidad de los derechos subjetivos y donde se explicita la existencia de un contenido material mínimo y garantizado a través de una concreta organización: “una sociedad donde no esté **asegurada la garantía de los derechos**, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución” (art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano). Surgen así, las libertades oponibles frente al Estado que son los que, hoy en día, se denominan derechos fundamentales y libertades públicas de primera generación (derechos

³⁸ GRIMM, D., “¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales?”; *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 155-173.

civiles y políticos), que se identifican con: la libertad (de pensamiento, opinión, religión), el derecho a la vida, a la integridad física, a la presunción de inocencia, et., siendo ellos (los derechos naturales) anteriores al Estado.

Es más, una de las genuinas características de la revolución liberal es la promulgación de las denominadas libertades públicas, que suponen un espacio de no injerencia del poder soberano (donde no puede ni interferir de manera jurídica ni por la vía de hecho). Resulta pues que “para algunos sectores de la doctrina los derechos humanos y las libertades públicas son una misma cosa”³⁹, y quizá ello responda a la idea de instrumentalidad subsidiaria que es inherente a las garantías de tales derechos, pues lo cierto es que, al tratarse de derechos defensivos, deben presentarse a modo de derecho subjetivo, para poder exigir al poder soberano el cese de cualquier actuación conculcatoria de tales espacios de libertad.

No obstante lo anterior, defiende la Sánchez Ferriz “que los derechos-libertades públicas serían los que derivan directamente de la libertad humana y de su lógica manifestación exterior; son derechos que se exteriorizan, que se ejercen con relación a los demás, aunque no necesariamente en forma colectiva pero que, en todo caso, pueden lograr, y aspiran a ello, una repercusión externa a su propio titular (aun en el ámbito propiamente político). Lo que, en cambio, no ocurre con los derechos o libertades individuales ni con los sociales”⁴⁰. Como se puede deducir fácilmente se está abriendo la puerta a la evolución y clasificación posterior de los derechos en función del surgimiento de nuevas realidades

³⁹ ESCALONA MARTÍNEZ, G., “La naturaleza de los derechos humanos”, en *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, coord. Yolanda Gómez Sánchez, 2004, pp. 29-60.

⁴⁰ SANCHEZ FERRIZ, R., “Las libertades públicas como grupo de derechos con características propias no susceptible de ser confundido con los restantes derechos constitucionales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 30, 1989, p. 65.

sociales. Jellinek critica que el iusnaturalismo racional encuentra su solera, no en el mundo jurídico sino en el político, y reivindica la necesidad de que las actuaciones del Estado estén fundamentadas en criterios jurídicos y no “metafísicos”, porque considera que el Derecho no es previo al Estado, sino una creación del mismo y, por ende, las limitaciones al Estado escapan del mundo jurídico por cuanto el Derecho emana del mismo, así que las limitaciones impuestas en las normas fundamentales del Estado no son sino auténticas “autolimitaciones” emanadas del Estado en la creación de su propio sistema, y ello les confiere un carácter jurídico-objetivo (no moral) y un rango formal de superioridad jerárquica. En definitiva:

“Es, pues, esencial al Estado el poseer un orden jurídico, con lo cual se niega, por tanto, la doctrina del poder absoluto e ilimitado del Estado. No se encuentra este sobre el derecho, de manera que pueda librarse del derecho mismo. Lo que depende de su poder no es el saber si el orden jurídico debe existir, sólo el cómo ha de organizarse”⁴¹.

Así, la verdadera intención (desde luego que extra-jurídica) del positivismo jurídico era la “desactivación de todo potencial contenido revolucionario de los derechos humanos o naturales, convertidos en derechos públicos subjetivos que regulan la relación entre el Estado y el ciudadano”⁴². Para el positivismo jurídico los derechos básicos del sistema establecido por el Estado son los denominados “derechos públicos subjetivos”, que arrancan del carácter objetivo-formal que han adquirido tales derechos y encuentran su razón de ser

⁴¹ JELLINEK., G. *Teoría general del Estado*, ed, a cargo de F. Monereo. Trad. y pról. de la 2a.ed. alemana de 1900 de Fernando de los Ríos, Comares, Granada, 2000, pp. 467-469.

⁴² MUÑOZ DE BAENA, J. L., “Fundamentos filosóficos de los derechos humanos”, en *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, coord. por Yolanda Gómez Sánchez, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004, p.118.

en el ámbito público, al establecerse los mecanismos jurídicos de relación entre el Estado y sus ciudadanos; aunque esta denominación sufrirá una evolución conceptual, como veremos.

Establecidas, pues, las tres grandes etapas en el desarrollo de los derechos fundamentales, siguiendo a Bastida Freijido que es posible distinguir⁴³:

a) el modelo de fundamentación histórica, según el cual los elementos sustanciales del Estado se habían ido formando (por la tradición y las costumbres) con el devenir del tiempo hasta petrificarse y resultar imposible cualquier cambio.

b) el modelo iusracionalista, cuyo fundamento reside no en la historia sino en el derecho natural, previo al estado, pero que necesita acudir a la teoría del “pacto social” para configurar su ejercicio, pero para también posibilitar su limitación

c) el modelo de fundamentación positivista, que se fundamenta en que la validez Kelseniana de la norma emanada por el órgano competente, es decir, el Estado crea –y no declara- el derecho, pues no existen “derechos” sino “capacidades” naturales, una cosa es la norma fundante y la otra la positivizada. La indisponibilidad de ese derecho frente a los particulares pasa por su constitucionalización (Rango de norma jurídica suprema).⁴⁴

Frente a tan tajante distinción en la evolución de la fundamentación de los derechos fundamentales considero que resulta esencial aclarar que la misma es difusa y no está del todo perfilada, puesto que atendiendo a la distinción entre

⁴³ BASTIDA FREIJEDO, J. F., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 17 y ss.

⁴⁴ KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, segunda edición traducida, ed. Porrúa, México 1991, pp.18 a 28 y 205 a 214.

la concepción material y concepción formal de los derechos fundamentales se puede advertir, tal y como afirma Díez Picazo⁴⁵ no son planos contradictorios puesto que, con carácter general el derecho materialmente reconocido como inherente a la persona es constitucionalizado para su protección efectiva, lo que ha ido acompañado por la denominada objetivación de los derechos fundamentales.

Para comprender mejor esta evolución, debe partirse de que históricamente bastaba con el reconocimiento constitucional de derechos y que su existencia no se manifestaba en otras normas del ordenamiento. En definitiva, que su satisfacción correspondía a su titular. Dicha concepción histórica ha sido abandonada, pues por un lado, ya no se conciben como derechos previos al ordenamiento, sino derechos del propio ordenamiento, respecto de lo que Bastida Freijido⁴⁶ señala que: “la Constitución se erige en norma jurídica suprema y fuente única de la validez o de la aplicabilidad de todas las demás normas que componen el ordenamiento jurídico, el sistema constitucional se hace autónomo y organiza internamente su validez. Por tanto, si la Constitución reconoce derechos fundamentales no puede ser como aceptación de una legalidad iusracional previa, (...) lo son, porque y en la medida en que participan de esa posición de supremacía que tiene la Constitución en la que están insertos”, e indican López Pina y Gutiérrez Gutiérrez⁴⁷ que la justificación de dicha posición de supremacía reside en que “la Constitución recoge la voluntad de un poder superior al del legislador parlamentario, y se imputa su creación al

⁴⁵ DÍEZ PICAZO. L. M^a., *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2005 (4.ª ed.) pp. 110 y ss.

⁴⁶ BASTIDA FREIJEDO J.F., *El Fundamento de los Derechos Fundamentales*, Revista Electrónica De Derecho De La Universidad De La Rioja (REDUR), n.º 3 (noviembre), 2005, p. 45.

⁴⁷ LÓPEZ PINA, A. y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Elementos de Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002, p. 81.

mismo pueblo”, es decir, emana directamente del pueblo, que es soberano y “poder constituyente”.

Por otro lado, también se ha abandonado la concepción clásicas de los derechos fundamentales que operaba –como meros límites negativos- pues en la nueva concepción vinculaban positivamente a todos los poderes, tal y como lo explica Grimm⁴⁸, de un afirma los derechos fundamentales pueden dissociarse de sus condiciones originarias además de que no pueden ser identificados en su faceta subjetiva o con su nota de negatividad (de la que incluso cuestiona que se deba identificar con la concepción clásica) y expone que “las nuevas funciones de tales derechos encuentran su respaldo dogmático en el deber de protección. Aunque este último aparezca, en la sucesión de despliegues históricos, junto a otras plasmaciones del contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales, desde el punto de vista sistemático se revela como el concepto central de aquellos. Todos los otros componentes jurídico-objetivos de los derechos fundamentales no representan sino acuñaciones particulares del deber de protección, el cual obliga primariamente al legislador sin que necesariamente haya de corresponderle una habilitación subjetiva”, y ahonda en la idea de una concepción unitaria de los derechos fundamentales desde una perspectiva jurídico-objetiva en la que “el llamado derecho subjetivo, en cuanto facultad, no es más que una modalidad, una forma peculiar del Derecho objetivo,(...) forzosamente (se acaban) por articular en Derecho individual y el Derecho general en un sistema unitario”, lo que implica tener que abandonar una tesis dualista o de contraposición del elemento subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales, dada la estructuración del sistema.

⁴⁸ GRIMM, *op. cit.*, pp. 104 y ss. y 155 y ss.

D. Los derechos fundamentales antes y después del constitucionalismo de entreguerras

Recordemos las palabras de Biscaretti di Ruffia: “fue lentamente a partir del fin de la primera Guerra Mundial cuando las nuevas Constituciones empezaron a diferenciarse profundamente entre sí, primero en relación directa, en el ámbito de la vieja Europa, con un creciente protagonismo acentuado, cada vez más, entre los Estados: los que pertenecieron fieles a la democracia clásica y aquellos atraídos paulatinamente por el modelo autoritario, según el ejemplo italo-alemán⁴⁹. Dentro del primer grupo se puede establecer, a su vez, una clara separación: primera Guerra Mundial (1919) y segunda Guerra Mundial (1937...), pero ambas categorías, en mayor o menor medida se corresponden con las conocidas como “Constituciones democráticas racionalizadas”, aunque desgraciadamente “su éxito práctico no resulto especialmente brillante”⁵⁰.

Por tanto, a partir de la primera guerra mundial es posible hablar de nuevas formas en el Derecho constitucional, como consecuencia, de la difícil situación económica que atravesaba Europa después de la gran guerra, y que supuso importantes demandas de tipo social. Junto a la constatación palpable que el conflicto bélico supuso la devastación de cualquier vestigio de materialización práctica de ese reconocimiento constitucional de los derechos. Por ello, es frecuente afirmar que, este periodo pretende unir Derecho escrito y la realidad social, lo que supondría una radical transformación del constitucionalismo, pues, entre otras circunstancias el constitucionalismo francés había perdido su hegemonía⁵¹.

⁴⁹ BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Introducción al Derecho Constitucional comparado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 512.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ GONZALEZ HERNÁNDEZ, *La revolución constitucional... op. cit.* p. 79.

Las Constituciones que marcaron tendencia fueron aquéllas que pretendían la confirmación de los principios democráticos por oposición a la revolución soviética de 1917, sobre todo la Constitución de Weimar de 1919 y la austriaca de 1920 (reformada en 1925 y 1929).

Este es el conocido como “modelo centro-europeo”, que supone la verdadera transformación de la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales, al albur de nuevas Constituciones, que apostaron por una nueva, y más moderna, forma de entender el carácter normativo del “nuevo constitucionalismo. Fue, por tanto, el constitucionalismo centro-europeo del período de entreguerras el que puso en marcha un verdadero proceso de reconversión del constitucionalismo.

Los constitucionalistas de principios del siglo XX fueron conscientes de la imprescriptible necesidad de garantizar el espíritu constitucional, a través de la racionalización jurídica. Así, el constitucionalismo normativo de los años veinte tradujo la racionalización del poder en la racionalización jurídica de la voluntad general, que, entre otras cuestiones, se manifestó en la práctica en la ampliación del clásico listado de derechos fundamentales, con la inclusión de derechos de tipo social como el derecho al trabajo o a una existencia humana digna⁵² y, sobre todo, en la instauración de sistemas de jurisdicción constitucional. He aquí la clave para que los derechos fundamentales pasasen a ser los verdaderos protagonistas de este nuevo modelo constitucional.

Desde 1923, sobreviene “el modelo centro-europeo”. Estamos ante el momento de máxima “crisis del liberalismo” por la irrupción en escena de un imparable movimiento de socialización de la política y del constitucionalismo,

⁵² Estos derechos ya fueron incluidos en la Constitución francesa de la II República (1848), aunque el mérito de la Constitución de Weimar fue su desarrollo más explícito.

ante las demandas de las clases más desfavorecidas. Es un hecho que “Tras la hecatombe de 1914 (...) las certezas anteriores se esfumaron por todas partes: la idea de progreso, de confianza en la razón y en la ciencia, la tolerancia, el individualismo, todo parecía anticuado. Aquella postguerra fue una época ideal para el pesimismo. Las terribles consecuencias y el hastío creados por el conflicto causaron un profundo descontento hacia los órdenes políticos responsables del mismo. El liberalismo fue el peor parado, pues la guerra supuso la antítesis de todo aquello que esa ideología –por definición optimista y llena de certezas- había prometido. Al verse vinculada con una sociedad que no había sido capaz de impedir el enfrentamiento, experimentó una rápida decadencia”⁵³.

Bajo estas condiciones políticas y sociales, Europa conoce el despertar de un gran cambio en el aspecto constitucional⁵⁴. Como recuerda Gusy, “el periodo de entreguerras representó una dura época de crisis para los Estados de Europa Central. No sólo las Constituciones sino también los Estados mismos estaban inmersos en un proceso de transformación. El orden político europeo construido a lo largo del siglo XIX se había derrumbado definitivamente con el final de la guerra”⁵⁵. Se imponía el cambio, que, como era de esperar, fue costoso y complicado.

Mucho tuvo que ver en la “labor constituyente” de este periodo la influencia de constitucionalistas de renombre, como Hans Kelsen, Richard Thoma, Gerhard Anschütz, Robert Redslob y Hugo Preus; teóricos, a la sazón,

⁵³ DEL REY, F., “Las voces del antiparlamentarismo conservador”, en *Con luz y taquígrafos. El Parlamento en la Restauración 1913-1923*, Taurus, Madrid, 1998, p. 285.

⁵⁴ MIRKINE-GUETZEVITCH, B., *Les Constitutions européennes*, Presses Universitaires de France, Paris, 1951, 6ª ed., p. 15.

⁵⁵ GUSY, “Las constituciones de entreguerras en Europa Central”, en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia constitucional*, 2/2000 (Modelos constitucionales en la historia comparada), Versión electrónica.

que encontraron en estas Constituciones la mejor fórmula de inmortalizar sus doctrinas y concepciones constitucionales⁵⁶, que pretendían el reforzamiento del carácter normativo del “nuevo constitucionalismo”.

Es posible afirmar que las Constituciones surgidas en la órbita del constitucionalismo normativista racionalizado de centro-Europa contienen una serie de elementos comunes como la idea de la supremacía del Derecho y la afirmación de los principios democráticos, entre otras cuestiones, que exceden de nuestro ámbito de estudio. Fue, por tanto, el constitucionalismo centro-europeo del período de entreguerras el que puso en marcha un verdadero proceso de reconversión del constitucionalismo. Ciertamente las Constituciones del periodo de entreguerras modificaron profundamente el contenido de las Constituciones ochocentistas para conseguir, con ello, reforzar jurídicamente todo el texto constitucional frente a la ley, esto es, la construcción de un de un Estado de Derecho más robusto y, por ende, la subordinación de todos los poderes públicos, incluido el Legislativo, a normas jurídicas⁵⁷.

Estas Constituciones sólo pretendían remarcar la idea de la supremacía del Derecho, de su unidad, es decir, de la necesidad de racionalizar el poder para que el Derecho pueda, por fin, determinar toda la vida estatal. Los constitucionalistas de principios del siglo XX fueron conscientes de la imprescriptible necesidad de garantizar el principio democrático a través de la racionalización jurídica. Así, el constitucionalismo normativo de los años veinte tradujo la racionalización del poder en la racionalización jurídica de la voluntad general. La voluntad del pueblo se justificaba no sólo en la voluntad de la

⁵⁶ En la Constitución de Weimar, según MIRKINE-GUETZEVITCH, B., *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, Librairie Delagrave, Paris, 1930, p. 11, fue mayor el protagonismo de Preuss.

⁵⁷ VARELA, *op. cit.*, p. XXVIII.

mayoría, sino porque se inserta en una serie de fórmulas y modos que garantizan la expresión más razonable y más justa de esa voluntad⁵⁸.

En estas fórmulas, en estos modos, en una palabra, en las instituciones de gobierno incluidas en estas Constituciones es en donde residen los elementos comunes del constitucionalismo normativista. Así, según Mirkine-Guetzevitch⁵⁹, estos elementos comunes son:

- El principio de soberanía popular.
- La forma de gobierno republicana.
- La asunción del parlamentarismo.
- La organización federal.
- La disminución del papel institucional y del número de competencias de la Cámara Alta.
- La asunción del sufragio universal, incluido el femenino. Tal fue el caso de Grecia, Yugoslavia o Rumania.
- La preferencia por sistemas electorales proporcionales.
- El gusto por los institutos de la democracia directa como el referéndum o la iniciativa legislativa popular.
- La inclusión en su articulado de “fórmulas legislativas de necesidad”, es decir de los denominados “Reglamentos” o “Decretos-leyes de necesidad” o *Notverordnung*. Se trata de un nuevo tipo de leyes provisionales,

⁵⁸ MIRKINE-GUEZEVITCH, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle... op. cit.*, p. 11.

⁵⁹ *Ibidem*, págs. 16 y ss.

que responden a la necesidad de garantizar la existencia de un Poder legislativo permanente⁶⁰.

- La ampliación del clásico listado de derechos fundamentales, con la inclusión de derechos de tipo social como el derecho al trabajo o a una existencia humana digna.

- Y, sobre todo, **la instauración de sistemas de jurisdicción constitucional, como consecuencia del reconocimiento expreso del principio de supremacía de la Constitución.**

En definitiva, que intentaron “ordenar” o “racionalizar” los mecanismos de gobierno, así como incluir extensas enumeraciones de derechos lejanos a los clásicos derechos de libertades y derechos políticos de finales del siglo XVIII. Lo que ahora se decían incluir en los textos constitucionales eran los “derechos sociales”, que garantizan unos mínimos de bienestar, pues sería un error olvidar “las condiciones de marasmo económico y profunda insatisfacción psicológica en la cual se encontraban los pueblos alemán y austriaco en los primeros años de la postguerra, o en la atormentada situación de malestar de España en 1931”⁶¹. Había que ofrecer una solución constitucional.

Desde entonces se erigió en indiscutible como nueva aportación que iba a permitir la perpetuación del constitucionalismo. Así y, dado que el constitucionalismo estadounidense sancionó el valor normativo de la Constitución, al ser entendida en dicha sentencia como norma suprema del país, el constitucionalismo centroeuropeo recogió el testigo y reelaboró el sistema de jurisdicción constitucional, que sería asumido, desde entonces, en toda Europa.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 29.

⁶¹ BISCARETTI DI RUFFIA, *op. cit.*, p. 513.

Se inauguró en Europa un modelo de control de constitucionalidad autónomo, concretado y con efectos generales de la constitucionalidad de las leyes⁶².

a. La primera Jurisdicción constitucional europea en la Constitución checa de 12 de febrero de 1920

La primera Norma constitucional europea que introduce una realidad desde hacía ya más de un siglo era una realidad al otro lado del Atlántico, fue curiosamente una norma de escasa vigencia. Se trata de la casi desconocida Constitución checoslovaca de 29 de febrero de 1920, aunque, la Constitución de Weimar de 1919 y la austriaca de 1920, en su versión de 1929, hayan quedado en el frontis constitucional como las primeras de Europa en acoger un sistema de jurisdicción constitucional concentrada. Ciertamente es que a éstas se debe la extensión del actual sistema de Justicia constitucional a los Textos constitucionales europeos posteriores, pero también que el Texto checo merece, siquiera un breve comentario, porque gracias a él, durante la Primera Guerra Mundial, los checos unieron sus esfuerzos para oponerse al Imperio austro-húngaro y su alineación con Alemania, así como (y esto es lo verdaderamente importante) oponiéndose férreamente al recorte de derechos y libertades en territorio checo, hicieron crecer la oposición a la Monarquía y organizaron la resistencia.

El 14 de noviembre de 1918, el Parlamento provisional declaró que la nueva Checoslovaquia —el Comité Nacional Checo había proclamado su independencia el 28 de octubre anterior— sería una República

⁶² CRUZ VILLALÓN, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 49 y 50.

La Constitución de 1920 estableció una genuina democracia parlamentaria, algo inusual en la Europa de entreguerras⁶³. La Constitución definitiva es de 29 de febrero de 1920. Este texto reguló muy extensamente las funciones, competencias, composición... de su Tribunal Constitucional, pues, “El Estado de Derecho se manifestó, entre otros aspectos, en la extensa competencia de control de las normas atribuidas al Tribunal Constitucional”⁶⁴.

Lamentablemente, tan solo un año después el “sueño checo” se fue a pique y este experimento constitucional llegó a su fin. El caso es que este Texto frecuentemente calificado de “Carta otorgada” que, establecía una República unitaria y parlamentaria, cuya fuente de inspiración principal sería la III República francesa, pero que contiene aportaciones relativamente importantes en la evolución del constitucionalismo, que no se agota tan solo en el control de constitucionalidad⁶⁵. Si bien este es el aspecto prioritario en nuestro comentario, pues, por el contrario, no muestra una especial preocupación por los derechos sociales.

Desgraciadamente la Constitución checa pasó desapercibida en los puestos de honor de los primeros modelos de jurisdicción constitucional, quizás porque su desarrollo se limitó a una única sentencia (de 7 de noviembre de 1922), en que se pronunciaba sobre una norma interna que había sido promulgada por la Diputación permanente de su Asamblea⁶⁶. Sea como fuere a la Constitución checa corresponde el mérito, pues se adelantó por unos meses

⁶³ VALVIDARES SUÁREZ, M^a., “Breve aproximación a la Constitución de la República Checa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67 (enero-abril), 2003, p. 159.

⁶⁴ GUSY, *op. cit.*

⁶⁵ Al respecto consúltese: CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, pp. 279 - 281.

⁶⁶ GONZÁLEZ-TREVIJANO, P., *El Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 32.

a Austria, estableciendo un Tribunal *ad hoc* que conocería y decidiría sobre la constitucionalidad de las leyes.

Así, este Texto, asume a pies juntillas el debate doctrinal que desde finales del siglo XVIII insistía en que la supremacía de la Constitución llevaba aparejado el principio de supra-legalidad constitucional. Según Mirkine-Guetzevitch, “a partir del final del siglo XVIII, la idea de esta supra legalidad de los textos constitucionales se extendió por el mundo y en ciertos Estados en que se llegó a la conclusión lógica de la supra legalidad de la Constitución se instauró un control de la constitucionalidad de la legislación. Un control de este tipo que ya existía en América del Norte”⁶⁷.

En definitiva, “la recepción práctica del principio de supremacía constitucional tal como queda así establecido en América, iba a resultar muy tardío en Europa. No tiene propiamente lugar hasta ciento dieciséis años después de la sentencia Marshall; esto es los años de la primera postguerra entre 1919 y 1939”⁶⁸. A partir de este momento, el constitucionalismo cambia radicalmente, porque todo el ordenamiento jurídico comenzará a encontrar, y buscar, su legitimidad en su propia “constitucionalidad”. El derecho de un Estado ser admitido, en tanto en cuanto, se encuentre en “armonía constitucional” con la “Constitución del Estado”

Este texto tuvo una gran importancia en el nacimiento del primer precedente de Justicia constitucional en el Texto checo de 1920, pero también en la Constitución austriaca, ex artículo 2 BVG y otros tanto que se sumaron a estas nuevas formas de constitucionalismo, que, desde entonces, no se han abandonado.

⁶⁷ MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle... op. cit.*, p. 31.

⁶⁸ FERNÁNDEZ-CARVAJAL, R., “Nota sobre el Derecho constitucional como nuevo Derecho común”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 1, 1989, p. 39.

En definitiva, se termina por admitir la creación de órganos *ad hoc* de control de la constitucionalidad de las leyes, siendo el primero de todos, el checo, que se estaba formado por, tan solo, por siete miembros: cuatro de origen judicial y tres de perfil más político al estar nombrados por el presidente de la República, que también designaba al presidente. Este Tribunal entró en vigor de forma paralela a la promulgación de la Constitución, pero, su actividad se limitó a una sola sentencia⁶⁹, a pesar de que el Tribunal estaba constituido el 17 de noviembre de 1921. Ninguno de los sujetos legitimados impugnó disposición alguna⁷⁰.

b. La Constitución de Weimar de 1919

Coincidiendo con los estertores de la Primera Guerra Mundial, Alemania sufre un intenso movimiento revolucionario, que termina en uno de los ejemplos republicanos de carácter social-democrático de mayor proyección histórica, la República de Weimar, proclamada el 9 de noviembre de 1918, y terminó el Texto constitucional el 31 de julio de 1919, promulgándose el 11 de agosto de dicho año.

Fue la Constitución más influyente de este periodo, pues se trasladó al resto de Constituciones republicanas de la época (entre ellas la española de 1931) su novedosa concepción en materia de derechos sociales, dado que fueron redactadas en un momento en que ningún partido político podía ignorar

⁶⁹ Esta resolución es la de 7 de noviembre de 1922 y que resolvía la cuestión del control preceptivo de una disposición de 22 de julio de 1920 emitida por la Diputación permanente en que se trataba la incorporación a la República de los territorios de Weitra y Feldsbergm, que Austria estaba obligada a ceder.

⁷⁰ En los diez años en que estuvo legalmente constituido, solo se nombraron los primeros magistrados, cuyo mandato cumplía en 1931, pero no hubo renovación. En mayo de 1938 vuelve a activarse este Tribunal, pero la República checa está prácticamente llegando a su fin.

la cuestión social⁷¹. El Estado, por tanto, estaba obligado a asegurar a los ciudadanos unas mínimas condiciones sociales. Como señala Gusy, “La Constitución de Weimar fue más allá del tradicional acervo de derechos de libertad e igualdad. En particular, concibió estos derechos no sólo como derechos de los ciudadanos frente al Estado, sino al mismo tiempo como derechos junto al Estado y en el Estado. Así, la segunda parte recogía el pretencioso programa de una amplia Constitución social que, más allá de los derechos y obligaciones de los ciudadanos, también formulaba fines económicos, sociales y políticos. La Constitución intentó plasmar a grandes rasgos las ideas de justicia material y procedimental en la economía, la sociedad y la educación”⁷².

Sea como fuere, si por algo se caracterizó esta Constitución fue porque la política y lo social intentaron convertirse en juridicidad. Por lo que parecía inevitable asumir los recientes ejemplos europeos de control de constitucionalidad de las leyes.

Recordemos que nada decía en su primera redacción, lo que, en opinión de Cruz Villalón, que recogiendo la opinión de Preuss, supone que “el no pronunciamiento de la Constitución contenía todos los presupuestos de la admisión de un control difuso”⁷³, aunque fuese por la vía jurisprudencial, pues nada lo impedía, al no estar expresamente prohibido por la Constitución. Así, en los primeros años de vigencia de esta Norma se producen varias declaraciones de los Tribunales en este sentido. El caso es que, ya, entre 1925 y 1928 se planteó la posibilidad de que Alemania incorporase el control de constitucionalidad, por vía legislativa.

⁷¹ MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle... op. cit.*, p. 35.

⁷² GUSY, *op. cit.*

⁷³ CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, pág. 81.

Hubo un primer intento, conocido como el proyecto Kulz, en junio de 1926, pero no llegó a aprobarse. Sin embargo, la República de Weimar ocupa en una posición clave en el proceso europeo de formación del sistema europeo de control de constitucionalidad y, por ende, de amparo de los derechos fundamentales.

c. La Constitución austriaca de 1920

Hasta 1918 no tiene lugar una efectiva y verdadera la separación de Austria del Imperio austrohúngaro⁷⁴, que supuso el abandono del Texto constitucional vigente en el Estado austriaco 1867, que fue sustituida por la Constitución de 1 de octubre de 1920, modificada y revisada en 1929⁷⁵. No obstante, en el terreno de la Justicia constitucional, la primera piedra la pusieron las Leyes de 25 de enero y 26 de abril de 1919 que preveían ya el Tribunal Constitucional austriaco o *Verfassungsgrichtshoft*. Después, la Constitución de 1 de octubre de 1920 fue la que se encargó de desarrollar su estructura. Inicialmente estuvo integrado por un número indefinido de miembros, para quedar posteriormente reducidos a doce y seis magistrados suplentes. Eran nombrados a partes iguales por el Consejo Nacional y el Consejo Federal. Su actividad fue algo más duradera que la del Tribunal Constitucional checoslovaco. Fue disuelto en marzo de 1938.

⁷⁴ MIRKINE-GUERZEVITCH, *Les Constitutions européennes... op. cit.*, pág. 17.

⁷⁵ En julio de 1920, esta Asamblea aprobó la Constitución definitiva de la República de Austria, basada, en su mayor parte, en el Proyecto constitucional del profesor de la Universidad de Viena Hans Kelsen e inspirada fundamentalmente en la Constitución de Weimar de 1919. El Texto constitucional fue definitivamente promulgado el 1 de octubre de 1920. En español se puede consultar en PÉREZ SERRANO, N. y GONZÁLEZ POSADA, C., *Constituciones de Europa y América. Selección de Textos Vigentes. Traducción y notas*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927, pp. 133 y ss.

La Constitución austriaca de 1920 se enmarca también en el “constitucionalismo normativo”, que pretendía fundamentalmente el fortalecimiento de la autoridad constitucional para lograr su imposición y garantía de cumplimiento. En esta línea, en primer lugar, debe destacarse que el Texto aprobado el 1 de octubre de 1920 sólo regulaba las cuestiones relativas a la organización del Estado, mientras que, curiosamente, para los derechos fundamentales permaneció en vigor la Ley Fundamental del Estado de 1867, con ciertas modificaciones⁷⁶. En segundo lugar, se enfatizó su carácter normativo, es decir, la Constitución, también, era norma jurídica de obligado cumplimiento al ser, ahora sí, la Norma Suprema.

Esta fue la gran aportación de este modelo constitucional; principio afirmado y reafirmado por el constitucionalismo americano, desde que en 1787 su Constitución se autoproclamase el “Derecho Supremo de la tierra”.

En Europa, sin embargo, se impuso la corriente liberal y el contractualismo roussauniano de matriz legislativa. La sustitución del principio de legalidad por el principio de constitucionalidad fue costosa, sin duda alguna, pues, hasta este cercano periodo de entreguerras que comentamos, no se asienta definitivamente en su realidad jurídico-política.

El camino para su materialización fue, no obstante, más costoso de lo que pudiera imaginarse, porque desde 1918 hasta la II Guerra mundial, el camino que condujo al control de la constitucionalidad y al amparo de los derechos fundamentales no fue precisamente una línea recta. Al contrario, la línea se muestra bastante quebrada, por lo que la consolidación de este modelo en Austria, hasta el fin del Tribunal en 1933, requirió de algunas modificaciones relevantes con ocasión de las reformas constitucionales de 1925 y 1929⁷⁷. En

⁷⁶ GUSY, *op. cit.*

⁷⁷ CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 232.

realidad, añade este mismo autor, que la cuestión del control judicial de la validez de las leyes ya estaba presente en el artículo 7 de la Constitución de 1867⁷⁸, pero no adquiere la suficiente fuerza hasta 1918 en que cae la Monarquía austrohúngara y se consigue promulgar una Constitución federal en octubre de 1920, en cuya elaboración y discusión vuelve a reavivar la cuestión del control judicial de constitucionalidad de las leyes⁷⁹ y termina por constituir un Tribunal Constitucional con sede en Viena de ocho magistrados y cuatro suplentes, que posteriormente, por ley de 3 de abril de 1919, se amplió a 12.

El constitucionalismo centroeuropeo recogió el testigo y reelaboró el sistema de jurisdicción constitucional, que sería asumido desde entonces, en toda Europa⁸⁰ y con ello, los sistemas de garantía (*id est*, protección) de los derechos fundamentales estuvieron a la orden del día. En estas condiciones, es entendible que la historia política de Europa cambiase de orientación y que las viejas reticencias del legislador democrático frente al control jurisdiccional de su obra cedieron, en principio, para permitir que nuestro Derecho Público se adecuará a los nuevos planteamientos de la cultura jurídica europea⁸¹.

Sea como fuere, en ambos casos, la sustitución del principio de legalidad por el principio de constitucionalidad fue algo más lento, porque, en Europa, no consigue hacerse fuerte hasta este periodo de entreguerras que comentamos y en las Constituciones de este periodo. Es más, la línea que durante el periodo 1918-1929 conduce al control de la constitucionalidad no fue precisamente una

⁷⁸ *Ibidem*, p. 239.

⁷⁹ En realidad, como en el caso de la República checa, el control de constitucionalidad vino derivado de la necesidad de resolver cuestiones territoriales.

⁸⁰ CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

⁸¹ GARRORENA MORALES, Á., *Escritos sobre la democracia. La democracia y la crisis de la democracia representativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 45 y 46.

línea recta, sino, por el contrario, bastante quebrada, por lo que la consolidación de este modelo en Austria, hasta el fin del Tribunal en 1933, requirió de algunas modificaciones relevantes con ocasión de las reformas constitucionales de 1925 y 1929⁸².

De ahí, que, aunque aún quedase camino hasta la institucionalización definitiva del amparo de los derechos fundamentales, que, ya se sabe, se inició en la Constitución mexicana de 1917, pero la primera piedra ya se había puesto y se había cimentado con solidez en el contexto europeo, que siguió su camino en la España de 1931. En concreto, con la promulgación de la Constitución de 9 de diciembre de 1931.

No obstante, durante los debates constituyentes se oyeron serias reticencias sobre la posibilidad de inaugurar en España esa justicia constitucional. Así, en la sesión de las Cortes constituyentes de 2 de junio de 1933 afirmaba Sánchez de Albornoz. “La realidad es que esta Ley del Tribunal de Garantías constitucionales, no lo quiere nadie; no lo quiere la mayoría, no lo quieren las oposiciones, desconfían de ello, ante ello temen, recelan incluso los juristas de la Cámara. Ya no llegaría a tanto como ese comentario periodístico, pero creo que no incurriría en demasiada exageración si dijese que, en el fondo, eso es verdad”⁸³.

El caso, es que, a pesar de emitir un considerable número de sentencias, poco aportó en su actividad al tema que nos ocupa. Después, acaeció el gran parón que la dictadura franquista supuso en el desarrollo de los derechos fundamentales y, por ende, en todo lo que tuviese que ver con este tema y llegamos a la vigente Constitución y, más concretamente, en los meses previos

⁸² CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 232.

⁸³ Núm. 3490, pp. 13.287.

a su promulgación, aprobación y entrada en vigor, pues los debates constituyentes sobre el Título I de la Constitución de 1978 tienen interés.

E. La “prueba ilícita” y sus precedentes o breve historiografía de la prueba vulneradora de derechos fundamentales

La “historiografía constitucional” de determinada materia no tiene porqué comenzar en los mismos los orígenes del constitucionalismo. Dependerá del asunto a tratar. Algunas cuestiones que, hoy en día, son de especial trascendencia constitucional no encuentran sus orígenes en el estallido de las revoluciones americana y francesa. Tal es el caso de nuestra tesis.

A pesar de lo ya expuesto, es decir, a pesar de las dificultades para ofrecer precedentes históricos de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, en los términos explicados en las páginas precedentes no nos resistimos a realizar un somero y, por demás, ciertamente breve repaso del constitucionalismo histórico, sobre todo de las Constituciones más cercanas, esto es, la Constitución de 1876, bajo cuya vigencia se aprobó el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprobaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, obviamente, la ya mencionada Constitución de la II República. El comentario de las anteriores carece de sentido por lo ya expuesto.

No obstante, y a pesar de que centremos nuestra atención en estos dos ejemplos constitucionales, conviene fijarse también en la vigente Constitución, pues la problemática que nos afecta ha alcanzado su máxima expresión bajo la vigencia de esta, dado el previo régimen dictatorial y la ausencia de libertades y derechos.

No obstante, comencemos por el principio con una lamentable inicial conclusión; nada previo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1822, sin que

esto suponga, en absoluto, una simplificación de la labor del investigador del Derecho constitucional.

Si aceptamos la definición del Diccionario del español jurídico que la define a la prueba lícita como: “Prueba obtenida de forma lícita, esto es, sin vulnerar ningún derecho fundamental, y practicada con las garantías formales necesarias, en esencia, con posibilidad de contradicción e inmediatez” su repaso histórico va indisociablemente ligado a la historia y desarrollo de los derechos fundamentales.

En esta labor, podríamos optar por una estéril exposición de teorías y doctrinas y debates filosóficos sobre el nacimiento de los derechos fundamentales. Pero ello no aportaría nada a esta investigación salvo un engrosamiento artificial del número de páginas que no se traduciría en una mayor calidad, sino en un innecesario y perjudicial embarullamiento de una cuestión, ya de por sí compleja. Por ello, comenzaremos el análisis histórico-constitucional donde toca, esto es, en el momento en que estos preceptos constitucionales pasan de ser meras declaraciones programáticas, incluidas en los textos constitucionales como aspiraciones irrealizables y utópicas, a ser consideradas normas vinculantes, directamente aplicables y garantizadas por su tutela ante los tribunales de justicia.

Así, no se puede hablar de “derechos fundamentales” *strictu sensu* hasta bien entrado el siglo XX (o, por lo menos, hasta el periodo de entreguerras), no es posible perfilar el concepto de “prueba obtenida por vulneración de derechos”. Hasta estas fechas y, sobre todo, hasta los textos constitucionales redactados después de la II Guerra Mundial, la Ciencia jurídica no hubo de enfrentarse a este dilema. Aunque ciertamente limitarse a la exposición mecánica de normativa y reglas procesales es una visión rígida que se compadece mal con una realidad constitucional cambiante e interpretable desde diferentes primas. Es posible (nos atreveríamos a decir, que incluso necesario) referirse a cuestiones de filosofía jurídica y ontología constitucional para llegar a

conclusiones razonables que tengan en cuenta también otras variables como el concepto de Justicia, la búsqueda de la verdad material y el principio de ponderación tan importante en la interpretación del conflicto entre derechos constitucionales. No se trata de hacer Historia, sino de llegar a comprender porqué y, sobre todo, del cómo surge este concepto jurídico, que supere su entendimiento como mero recurso didáctico para la explicación del Derecho Constitucional actual.

No obstante, dejamos este comentario para cuando proceda y volvemos al estudio de los escasos precedentes históricos, comenzando como no podría ser de otro modo por la Constitución de 1876 y la primera Ley de Enjuiciamiento Criminal de nuestra historia, de 1822. Aunque, quizás sea importante no olvidar que tras la aprobación de la Constitución de 1 de junio de 1869 fue necesario reformar el Código Penal que estaba en vigor desde su promulgación el 6 de junio de 1850, que estuvo vigente hasta el 18 de junio de 1870 en que se aprobó su modificación. Tres meses después, el 15 de septiembre, se aprobará la Ley Orgánica del Poder Judicial.

a. El Texto constitucional de 1876 y la primera Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1822

Nada se dice al respecto en la Constitución española de 1876, ni siquiera de modo indirecto o implícito⁸⁴. Todo comentario sobre la administración de Justicia se recogía en su Título X, artículos 74 y siguientes, en que apenas refería a que la justicia se administra en nombre del Rey, junto con la unicidad de fueros y el reconocimiento del principio de competencias del poder judicial, es decir, de su potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales y el principio de

inamovilidad de los jueces. Tampoco se recogía garantía alguna del cumplimiento de los derechos de su Título I.

No obstante, el artículo 79 recordaba que en “Los juicios en materias criminales serán públicos, en la forma que determinen las leyes”. En este sentido Álvarez Cora⁸⁵ recuerda que “de una forma o de otra, la idea de código presionaba la mente del torturado legislador procesal como la única vía para provocar un cambio de fuste en la sustanciación de las causas civiles y criminales. La política de reformas parciales –más o menos atrevidas– tenía que dejar paso a la explosión de una criatura normativa distinta que, si no advenía para ofrecer mayor originalidad en el diagnóstico de la situación del enjuiciamiento, al menos sorprendiera con una novedosa presentación formal, y con una regulación material que pudiera presumir de plenitud, de reforma global, de reescritura”⁸⁶.

El caso es que en 1855 ya se contó con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre, pero la Ley de Enjuiciamiento Criminal tardó algo más en aprobarse, dado que la concepción del Derecho procesal era intelectualmente mucho más plena que el ritmo legislativo. De forma que, en una materia tan sensible se seguía careciendo de reglas precisas, pues eran muchas las cuestiones que se entendían urgentes y necesarias tanto en lo que se refiere a su reforma sustancial como la ordenación juicio oral y público, la única instancia y la casación.

Ya en la Constitución de 1869 se insistía, como en la de 1876, en la imprescindible unidad de fueros, tras el silencio de la Constitución de 1845, lo que suponía la eliminación de jurisdicciones de hacienda y de comercio, además de evidencias «por primera vez» –si no en un sentido exacto, al menos desde la

⁸⁵ ALVAREZ CORA, E., La evolución del enjuiciamiento en el siglo XIX, *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXXII, 2012, pp. 91 y ss.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 92.

sensibilidad política y en comparación con los textos constitucionales anteriores”⁸⁷. No obstante, el ya de por sí caótico enjuiciamiento criminal en España, se fue parcheando y retocando, mientras que la codificación procesal penal seguía demorándose.

Pero, a partir de la aprobación de la Ley sobre organización del Poder judicial de 15 de septiembre de 1870 ya no había muchas más excusas para retrasar la aprobación de una Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues la estructura orgánico-competencial, estatutaria y gubernativa del Poder judicial ya estaba actualizada. Fue así como llega pronto la provisional de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872.

Una norma provisional, que, como tantas veces ha pasado en España, estuvo vigente más tiempo de lo que suele entenderse por provisional, a pesar de que ni lo resolvía todo ni lo regulaba todo adecuadamente. Esta situación pareció desencallarse con el Real Decreto de 16 de octubre de 1879 aprobando la Compilación general de las disposiciones vigentes sobre enjuiciamiento criminal, que trataban de poner orden en la compleja red de preceptos del enjuiciamiento criminal.

La situación era errática, incluso ya la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 que, desde para esas fechas, ya necesitaba de nueva reforma, junto con su armonización con algunos contenidos del Código de Comercio. Todo esto llegó con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 que “imprimió una orientación novadora a la regulación de las fases y elementos del procedimiento, y sobre todo una mejora de su perfil técnico”⁸⁸.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 94.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 102.

La criminal, por su parte, seguía sin llegar, para desespero de muchos. Mientras se aprobó la nueva ley de bases para las leyes del enjuiciamiento criminal y de la organización judicial, que pretendía uniformar las causas criminales de la jurisdicción ordinaria, siguiendo la estela de la LEC. Finalmente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal se aprobó de 14 de septiembre de 1882⁸⁹, que operaba a modo de Compilación, que, a la vez reformaba algunos aspectos importantes y unificaba la jurisprudencia y el recurso de casación, además de suplir lagunas como (y esto sí que es importante a los efectos de nuestro estudio), “la regulación de las cuestiones prejudiciales, y a la protección de los derechos individuales, por ejemplo, controlando el uso de la prisión preventiva durante el sumario”⁹⁰. Pareciese, pues, que intentaba erradicar algunas viejas costumbres que casaban mal con el respeto y la afirmación constitución de

⁸⁹ Real Decreto de 6 de mayo de 1880 fijando las correcciones que han de hacerse en la Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento criminal, acompañado del dictamen de la Comisión General de Codificación, en CLE, tomo 124, primer semestre de 1880 (segunda parte), pp. 710-718, junto con el extenso Dictamen de la Comisión general de Codificación (presidida por Calderón y Collantes) de 16 de abril de 1880, en pp. 718-784. Rezaba el dictamen, en pp. 719-720 como: “Hoy que los Códigos por su ordenada y metódica forma, por la expresiva concisión de sus preceptos y por la estrecha relación e íntimo enlace que entre ellos existe, hacen que la homogeneidad sea su carácter esencial, las Compilaciones no pueden ser agrupaciones de leyes entresacadas de los volúmenes donde estén dispersas (...) ni la reunión en un solo cuerpo de leyes y pragmáticas publicadas durante un período histórico determinado (...) ni la colección de esas mismas leyes con la agregación de otras disposiciones posteriores sobre toda clase de materias (...). Eso no pueden ser ya las Compilaciones con relación a Códigos que dan uniformidad a sus prescripciones, formulándolas con claridad y sencillez; la Compilación que a cualquiera de ellos se refiera, al abarcar todo lo que esté vigente, lo hace segregando lo derogado y suspenso para reemplazarlo con lo que está en observancia, refundiendo solamente lo que lo exija. Por eso la Compilación de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento criminal es la ley que en él ha de observarse”. Le seguirá el Real Decreto de 21 de octubre de 1881 (en CLE, tomo 127, segundo semestre de 1881, pp. 245-246), junto con la Ley de 22 de junio de 1882, con autorización al Gobierno para que la Comisión General de Codificación redacte y publique una Ley de Enjuiciamiento Criminal (CLE, tomo 128, primer semestre de 1882, pp. 976-977) y la Ley de 22 de junio de 1882 autorizando al Gobierno para que proceda al establecimiento de los Tribunales colegiados y del juicio oral y público en las causas criminales (CLE, tomo 128, primer semestre de 1882, pp. 978-979) y la Ley de 9 de julio de 1882 (CLE, tomo 129, segundo semestre de 1882, pp. 93-94).

⁹⁰ *Ibidem*, p. 95.

ciertos derechos humanos. En concreto, con los más básicos como la ausencia de intervención del inculcado en el sumario, la delegación de diligencias de instrucción en los escribanos, la consideración de las pruebas en el plenario como meramente accesorias, la consideración de la prueba desfavorable al acusado como preferente de pruebas adversas al acusado, entre otros ejemplos.

Por tanto, aunque sea de una forma limitada, estamos ante el primer precedente del objeto de nuestro estudio, desde el momento en que, por primera vez, en la historia procesal española, se pone el foco en un concepto: el de “derecho fundamental” dentro de un proceso y en las limitaciones que esto supone a las facultades instructoras e investigadoras del juez y a su capacidad de sentenciar en base a ciertas pruebas. Curioso que el ámbito del Derecho constitucional se pasase de puntillas por esta cuestión.

Ciertamente el concepto de “prueba ilícita” llegará más tarde, pero el rastro es aquí donde empieza, desde el momento en que apuesta por un juicio oral y público, así como el respaldo de un sistema acusatorio que exige que el juez instructor comunique los autos al procesado. De lo contrario este tendrá derecho a solicitarlo junto con nombrar defensor y estar presente en todo reconocimiento judicial, inspección ocular, autopsia o análisis pericial, etc.

No obstante, también es cierto que, ya en 1870, comenzó la reorganización del poder judicial con la Ley de 15 de septiembre de 1870, la que fuera una especie de precedente de la actual Ley Orgánica del Poder Judicial o “ley de tribunales” como prefiere calificarla Sostra Salle⁹¹ o de “jueces”. Estamos, pues, en el momento en que ya se exigía que estos estuviesen dotados de ciertas cualidades, es decir, hombres “letrados” y de férreas convicciones

⁹¹ SOSTRA SALLE, M. J., Finales como principios. Desmitificando la Ley orgánica de tribunales de 1870, *Anuario de Historia Del Derecho Español*, Núm. LXXVII, enero 2007, p. 498.

morales para una abandonando el modelo de juez bajomedieval, que, por ejemplo, no motivaba las sentencias.

Sea como fuere, esta norma era la única que ponía cierto orden en la administración de la justicia, al hilo del artículo 98 de la Constitución de 1869⁹², que establecía que debería tratarse de una norma reguladora de la organización de los jueces y, a su vez, de su propia responsabilidad, régimen de nombramientos, ascensos, jubilación, inamovilidad, etc. Así, estamos ante la primera norma de desarrollo constitucional, en concreto del artículo 94 del Texto constitucional de 1869. Ahora bien, cierto es que no incluía nada parecido a la actual “regla de exclusión” de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que pretendía unificar los criterios de toda la normativa procesal. Pero como en estos momentos no había normativa procesal unificada a la que aplicar este criterio, con carácter general, hubo que esperar a las compilaciones que tuvieron vigencia bajo la Constitución de 1876, que ya hemos comentado en que se redactaron la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1882 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, que tuvieron una vigencia cercana al siglo, pero con un sinfín de modificaciones. No se publicó nada más, “bien por falta de tiempo, bien para no provocar situaciones caóticas en el sistema jurídico, o bien por mantener un marco legal”⁹³. Es así como llegamos a 1931.

⁹² Dicho texto estuvo vigente durante dos décadas hasta que el 18 de junio de 1870 fue aprobada su modificación. Tan solo 3 meses después, el 15 de septiembre, se aprobó la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta norma solo estuvo en vigor dos años, pues en 1872 se aprobó el Real Decreto de 22 de diciembre de la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal. Una década después se promulga el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, que tres días después, daba a conocer en la *Gaceta de Madrid* la nueva LECr, que entró en vigor el 3 de enero de 1883.

⁹³ BALLBE, M., “Justicia española en la historia constitucional, desde 1812 a 1878”, en *El tercer poder: hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, coord. por Johannes-Michael Scholz, 1992, p. 394.

b. Los debates constituyentes sobre las garantías de los derechos fundamentales y la tutela de las libertades

Es habitual defender que la Constitución española de 29 de diciembre de 1978 acoge una visión clásica de los derechos al asumir la “Teoría de las generaciones de derechos”, inicialmente formulada por Karel Vasak en 1977⁹⁴ y confirmada después en 1979 en la Lección inaugural del X Sección de Enseñanza del Instituto Internacional de Derechos Humanos. Es así que, la Constitución española de 1978 contemplaría, en su estructura interna, tres generaciones de derechos:

1. Derechos de primera generación o derechos y libertades civiles o de carácter político en la Sección 1ª, Capítulo II del Título I.
2. Derechos de segunda generación o socioeconómicos en la Sección 2ª, Capítulo II del Título I.
3. Derechos de tercera generación o de solidaridad o colectivos en el Capítulo III del Título I.

Desde esta estructuración, la ubicación de los derechos a proteger tendrá una importancia crucial, pues, en el caso de lo contenido en el Capítulo III “el artículo 53.3 CE modula su eficacia, limitándolo a informar el ordenamiento jurídico, pero sin dotarlos de plena efectividad”⁹⁵. Así, estos últimos, a diferencia

⁹⁴ VASAK, K., “Human righsts: a Thirty-Year Struggle: the Sustained efforts to give Force of Law to de Universal Declaration of Human Rights”, *UNESCO Courier* 30: 11, United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, Paris, November 1977.

⁹⁵ CANOSA USERA, R., “Marco constitucional de la protección de los consumidores y usuarios”, en *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral*, coord. X. Rodríguez- Arana Muñoz, R. Canosa Usera, L. F. López Álvarez y S. Meseguer Velasco, ed. Centro universitario Villanueva/Netbiblo, La Coruña, 2008, p. 78.

de las dos categorías anteriores, obedecen a la necesidad de ofrecer respuestas y soluciones a necesidades cuya importancia ha sido apreciada más recientemente. V. gr. los relativos a la salud, vivienda, entorno o medio etc.⁹⁶, que, en puridad, no serían auténticos “derechos públicos subjetivos” sino meras declaraciones de principios respecto de los poderes públicos, dentro de una categoría de perfiles difusos y que, encuentran una difícil positivación en los ordenamientos jurídicos nacionales⁹⁷. Por ello, a las situaciones reconocidas en el Capítulo III se les niega la consideración de derecho fundamental en tanto que “derecho público subjetivo”, argumentando que “son derechos que se remiten a nuevas exigencias sociales que irrumpen en el panorama político y que se caracterizan por su pluralidad, por su referencia a la fraternidad, solidaridad, medio ambiente, justicia social, justicia entre generaciones”⁹⁸.

No obstante, esta situación obedece, no tanto, a una visión limitada de nuestra norma fundamental, ni siquiera a la tan repetida construcción teórica de las generaciones de derechos. Al contrario, la razón la encontramos en el particular proceso de redacción del Texto constitucional de 1978. Así, tras el análisis del trabajo final de la Ponencia constituyente, es decir, el conocido como Anteproyecto de Constitución, observamos como en él, tan solo, se contemplaban dos categorías o generaciones de derechos⁹⁹ en su inicial Título II: “De los derechos y deberes fundamentales”:

⁹⁶ PIZZORUSSO, A., “Las generaciones de derechos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 2002, p. 297.

⁹⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. M., “Las generaciones de derechos humanos”, *Constitución y derechos fundamentales*, coords. J. Betegón Carrillo, F. J. Laporta San Miguel, L. Prieto Sanchís, J. R. de Páramo Argüelles, 2004, p. 423.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Según esta teoría tan repetida existirían tres generaciones de derechos: 1. Derechos de primera generación o derechos y libertades civiles o de carácter político: aquellos que se gestaron en los inicios del constitucionalismo liberal de los siglos XVIII y XIX, es decir, los primeros derechos, que encontraron su máximo referente legislativo en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. 2. Derechos de segunda generación o socioeconómicos: los derechos surgidos en el periodo de

1. “De las libertades públicas” en el Capítulo II (arts. 13 a 33)
2. “Principios rectores y derechos económicos y sociales” en el Capítulo III (arts. 34 a 44)¹⁰⁰.

Es decir, las dos primeras categorías gozarían de más protección al ser considerados "derechos públicos subjetivos", mientras que los que de tercera generación no gozarían de esta consideración. De modo que, los derechos de primera generación estarían regulados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE/78, los de segunda generación en la Sección 2ª del idéntico Capítulo y Título y los de la tercera en el Capítulo III del Título I, lo que, a la postre, supone afirmar que los derechos contenidos en dicho Capítulo III del Título I no son auténticos derechos públicos subjetivos sino meras declaraciones de principios respecto de los poderes públicos.

Por tanto, la Constitución española de 1978 se habría sumado a la práctica constitucional común que distinguiría entre “generaciones de derechos” con efectos doctrinales o pedagógicos al clasificarlos en tres grandes grupos o generaciones. Así, “los derechos de la “primera generación” (o de los textos que los enuncian) están orientados sobre todo a la tutela de las libertades clásicas; estas se dirigen, por un lado, a impedir intromisiones injustificadas en la persona como ser moral y en su esfera privada y, por otro, a permitir la formación autónoma de las propias decisiones y la manifestación del pensamiento

entreguerras de marcado carácter social, es decir, de contenido prestacional. 3. Derechos de tercera generación de solidaridad o colectivos: derechos de los que se empieza a hablar a partir de la segunda Guerra Mundial y que serían beneficiosos para toda la humanidad como el derecho al medio ambiente, derecho a un entorno sano, derecho al patrimonio cultural etc. O para determinados colectivos: tercera edad, menores, discapacitados, consumidores...

¹⁰⁰ CORTES GENERALES, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, t. I, Cortes Generales, Madrid, 1980, pp. 9 - ss.

individual. La “segunda generación” se ocupa sobre todo de la tutela de los “derechos sociales”, elaborados sobre las huellas de las doctrinas que llevaron a la realización de *Welfare State*. Los derechos de la “tercera generación” contestan a necesidades cuya importancia ha sido apreciada más recientemente; se trata de los relativos a la salud, a la vivienda, al entorno o medio etcétera”).

Esta es la explicación tradicional que, no obstante, está plagada de dificultades y contradicciones, pero esto es harina de otro costal. Lo que sí nos compete es una “cosa” cierta: que los derechos recogidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I forman parte de esa primera generación más protegida. Así, al margen de que las diferencias entre cada una de estas categorías obedeciesen al diferente momento histórico de gestación, lo que en el ámbito jurídico se traduciría en una dispar protección por parte del ordenamiento jurídico. De modo que, los derechos comprendidos entre las dos primeras categorías gozarían de más protección, es decir, serían derechos más protegidos por el ordenamiento jurídico al ser considerados “Derechos públicos subjetivos”, es decir, un grupo o conjunto de derechos en los que su titular dispondría de mecanismos jurídicos para exigir que se le restituya en su ejercicio si hubieran sido vulnerados, impedidos u obstaculizados en su disfrute etc. Es decir, derechos individuales o de primera generación frente a los derechos sociales o de segunda generación.

Por tanto, en el caso, de la Constitución española de 1978, la clasificación de los derechos obedece al particular proceso constituyente español, que supuso importantes dificultades en materia de derechos fundamentales. Recordemos, que Herrero de Miñón era partidario de una Constitución breve, centrada en la organización de poderes, sin que estimara necesario un largo catálogo de derechos, Peces-Barba defendía la necesidad de

un texto más extenso, con una parte dogmática que constitucionalizara los derechos y libertades, así como su garantía efectiva ante los Tribunales¹⁰¹.

Sea como fuere, el tema de los derechos fundamentales se debatió más en firme a partir del 1 de septiembre en que “se pasó a analizar la parte correspondiente al Título II y, tras un debate sobre el método de trabajo a seguir, los representantes del grupo de Alianza Popular, Socialista, y Comunista, hicieron una exposición general de los documentos que habían aportado, que fueron comentados por los demás miembros de la Ponencia. Terminada la exposición aludida, y tras, el anuncio por parte de los representantes de UCD de que el documento de su grupo adoptaba estaba reflejada en el texto de la Convención Europea de Derechos Humanos, sus Protocolos, y la Carta Social Europea (...) los representantes del grupo que habían hecho su exposición solicitaron de los demás la presentación de textos propios, y se acordó que el método de trabajo para la próxima reunión consistiría en la presentación y exposición por los demás grupos de su criterio sobre el Título II y en la adopción de un texto de los propuestos como documento de trabajo, sobre el cual se abriría el correspondiente debate”¹⁰².

El día 6 de septiembre se continuó con el debate de lo relativo al contenido del Título correspondiente a los derechos fundamentales, continuando con la exposición del texto presentado por el Grupo Vasco-catalán, para pasar a la intervención del representante de UCD que presentó un escrito insistiendo en

¹⁰¹ Al respecto de esta cuestión recomendamos la lectura de: GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, E., ·El debate constituyente sobre el Título I de la Constitución española de 1978 o la ‘Constitución cenada’”, *Historia Constitucional*, núm. 20 (septiembre), 2019 (URL: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/595>), pp. 681-713, fecha de consulta: 22 de febrero de 2023).

¹⁰² “Actas de la Ponencia constitucional”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2, 1984, pp. 262 y 262.

su postura sobre la referencia a los tratados internacionales en materia de derechos. No obstante, se acordó, entre otras cuestiones, que una vez determinado el contenido de los derechos fundamentales se analizaría el tema de las garantías. Será, en esta fecha cuando definitivamente se acuerde que la Constitución de 1978 tendría una parte dogmática y el 8 de septiembre empiezan a analizar el contenido concreto de cada uno de los derechos.

Si bien, y al hilo de nuestro objeto de investigación, es importante recordar la opinión de Peces-Barba: “cuando se discutían los artículos iniciales del Título I sobre los derechos humanos, se intentaron recortar algunas medidas protectoras de la libertad personal”, incidente que precipitó la crisis por la que tuvieron que intervenir Abril Martorell y Guerra¹⁰³ y que supuso como el día 22 de mayo de 1978 se organizó una cena secreta entre Pérez Llorca, Guerra, Peces-Barba, Enrique Múgica, Abril Martorell, Gabriel Cisneros y Arias Salgado en el restaurante José Luis para decidió discutir globalmente los artículos comprendidos entre los entonces artículos 26 y el 50¹⁰⁴, es decir, parte de los inicialmente comprendidos en el grupo de libertades individuales (los que hoy integran esa Sección 1ª del Capítulo II del Título I) y el 24 de la misma.

Así, una vez cerrado el listado de artículos quedaba desarrollar, quizás, uno de los artículos más importantes de nuestra Norma Fundamental como es el de sus garantías, que conformaron un capítulo aparte, el IV titulado: “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”, que sigue la estela de la clasificación previa en grupos que ya se había acordado. De modo que el subsiguiente art. 53 se presenta como uno de los artículos más significativos y relevantes de nuestro Texto constitucional, al recoger las conocidas como “garantías” de los derechos fundamentales; expresión harto repetida como un

¹⁰³ PECES-BARBA, G., *La elaboración de la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 185 - 186.

¹⁰⁴ GALLEGO-DÍAZ, S. y DE LA CUADRA, B., *Crónica secreta de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 61.

mantra, pero sobre la que no se han realizado las oportunas matizaciones terminológicas. Pues, lo usual es articular todo comentario respecto de esta cuestión entrando en lo que podríamos denominar el “meollo” de las garantías, es decir, la explicación una a una de todas las contenidas en el artículo 53, partiendo de “las tesis del liberalismo más clásico que, tributario del pensamiento iusnaturalista, entendía los derechos y libertades como límites absolutos al albur del Estado y anteriores a la existencia del mismo, nuestra Constitución, alineándose con las Constituciones de la segunda postguerra, ha contemplado un complejo sistema de garantías de los derechos reconocidos en su texto”¹⁰⁵.

En definitiva, qué es una garantía y cómo se articula, prácticamente se daba por supuesto el clásico aforismo de que “un derecho vale, en tanto en cuánto valen sus garantías”, a partir del magisterio de don Nicolás Pérez Serrano. Pero quizás no todo esté tan claro en cuanto a la articulación en la esfera de la práctica procesal de aquellas generales garantías.

La cuestión que a nosotros compete determinar no es la de la necesidad de que se establezcan y aseguren los mecanismos jurídicos que aseguren la efectividad de los derechos fundamentales. O, que estos mecanismos sean clasificados como institucionales, normativos o judiciales. O, que se discuta sobre el grado de eficacia de unas y otras. Lo que interesa al nuestro objeto de investigación es, en sí mismo, qué es y qué no es una garantía. Esto es fundamental para la comprensión de la problemática inherente a esta regla de exclusión.

¹⁰⁵ ABELLÁN MATESANZ. I. M^a (actualizada por Sieira, S. y Rastrollo Ripollés, A.) “Sinopsis del art. 53”, en Portal de la Constitución, Congreso de los Diputados (URL: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=53&tipo=2>, fecha de consulta: 13 de enero de 2021).

El nudo gordiano de la cuestión aparece (así se explicará con detenimiento en las siguientes páginas), incluso antes de ser aprobada por la Ley Orgánica del Poder Judicial. En concreto en 1984 en que el Tribunal Constitucional emite la sentencia 114, de 29 de noviembre, en que se dedica, por primera vez, a esta cuestión. Curiosamente pocos meses después de que el 17 de enero de 1984, en Estados Unidos, se resolviese el caso *León versus United States* en que ya se afirmaba la regla de exclusión en los casos no de buena fe sino de actos deliberados y con desprecio absoluto del derecho y al Derecho.

Amén de que la Ley Orgánica del Poder Judicial fue aprobada pocos meses después de dicha sentencia de noviembre de 1984, concretamente el 1 de julio. ¿Casualidad cronológica? Podría ser... La misma casualidad que la que pondremos de manifiesto respecto de la interpretación terminológica de la literalidad de los preceptos objeto de análisis, y, concretamente, del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se expondremos en las páginas que siguen.

II. LA CONCEPCIÓN Y SISTEMÁTICA ACTUAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

A. El asentamiento del concepto “garantístico” de los derechos fundamentales

Volvamos a donde lo dejamos cuando tratábamos la evolución en la percepción jurídica de los derechos fundamentales tras la promulgación de las Constituciones de entreguerras. Estas fueron las que allanaron, definitivamente, el camino que permitió la “irradiación” de los derechos fundamentales a la totalidad del ordenamiento jurídico, incluso en lo que afecta a la posible vulneración por particulares. Así resulta evidente en la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, (Bverf GE7, 198)¹⁰⁶, recaída en el caso Lüth. Estamos, en consecuencia, ante un nuevo avance en la concepción de los derechos fundamentales que, como se ha dicho, irradian todo el ordenamiento jurídico y se extienden también a las relaciones “horizontales” entre los particulares.

En esta sentencia se establece cómo los derechos fundamentales se configuran primariamente como garantía de aseguramiento de la esfera de libertad de los particulares frente a intervenciones del poder público; son derechos defensivos frente al Estado. En este mismo sentido, debemos poner el acento en el aspecto subjetivo de los mismos que permite identificar de una manera más o menos clara su funcionalidad como derecho oponible a los poderes públicos -cuando actúen entrometiéndose en ellos-, lo que da pie a hablar de su eficacia *inmediata*, justificada por de la Quadra-Salcedo¹⁰⁷, porque

¹⁰⁶ Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth] Sentencia de la Primera Sala, del 15 de enero, 1958

URL: <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf>, fecha de consulta: 3 de marzo de 2024).

¹⁰⁷ LA QUADRA-SALCEDO JANNINI, T. “El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. reflexiones tras la STC 247/2007 de 12 de diciembre”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 5, 2008, pp. 24 y 25.

los derechos fundamentales en la relación frente al Estado sirven para que este no pueda alegar su desconocimiento como justificación.

La referida sentencia impulsa la evolución conceptual por la necesidad de proyectar los derechos fundamentales sobre el plano jurídico objetivo, pues los valores constitucionales y derechos fundamentales, según afirma, y afectan “a todos los ámbitos del derecho”, siendo necesario que el nuevo derecho “esté en armonía” con la norma fundamental y el derecho preconstitucional, pues el ordenamiento (y valga la redundancia) “debe ordenarse conforme ese sistema de valores”. Ahora bien, lo verdaderamente relevante es que aquella sentencia entiende que los Tribunales, al interpretar una norma, deben hacerlo conforme esos principios y valores constitucionales, y si no lo hacen se “actúa contra el Derecho Constitucional al desconocer el contenido de las normas sobre derechos fundamentales en cuanto a normas objetivas” En consecuencia, la sentencia del Caso Lüth, pese a aparentar que se fundamenta básicamente en las relaciones de los derechos fundamentales entre los particulares, apoya el amparo en que el acto lesivo del derecho fundamental proviene de los tribunales, que no interpretan la norma conforme a la norma constitucional.

Por otro lado, la sentencia expuesta, según comenta Hoffmann-Reim, se refiere a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pues los jueces alemanes consideraron inicialmente que los derechos fundamentales no influyen en tales relaciones (poniendo por ejemplo la quiebra del principio de igualdad si un verdulero no tratara por igual a sus clientes), pero el Tribunal Constitucional alemán revocó tal decisión, por entender que el Estado (jueces) han de tomar parte en tales relaciones para proteger dichos derechos fundamentales, que están en conflicto o colisión con otros derechos fundamentales, provocando la necesidad de ponderar dicha colisión para “buscar una vía de equilibrio”¹⁰⁸.

¹⁰⁸ HOFFMANN-RIEM, W., “La dimensión jurídico-objetiva de la libertad de información

En el mismo sentido podemos referirnos a la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte*, que debemos situar en la doctrina alemana de 1954. Mejor dicho, se trata de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros, pues en estos supuestos también es posible la obtención de pruebas ilícitas por terceros o particulares. En principio la regulación del Tribunal Constitucional no reconoce esta posibilidad, pues, según el art. 41 LOTC este solo podrá conocer de vulneraciones de derechos en el caso de una vulneración directa por los poderes públicos, sus funcionarios y agentes. La admisión de esta doctrina por parte de nuestro supremo intérprete de la Constitución fue paulatina, considerada por Díez Picazo como una construcción artificiosa, aunque inspirada en un similar debate habido en Alemania¹⁰⁹. Como es bien sabido el Tribunal Constitucional empieza a emitir jurisprudencia en 1981. Pero en 1982, por obra la STC 78/1982, de 20 de diciembre, admitió, por primera vez, una demanda por vulneración de derechos fundamentales por particulares y se ha ido consolidando vía vulneración de la revista en el art. 44 LOTC, esto es, vulneraciones por parte del Poder judicial. Será así como el Tribunal Constitucional resolverá la posible violación o vulneración de ese derecho fundamental, dentro del proceso previo ante la jurisdicción ordinaria, (efectos entre terceros).

Es cierto que los derechos fundamentales asisten a los particulares, pero no de manera ilimitada, pues tales derechos están en constante colisión. Se debe recordar que los derechos de unos operan como límites a la libertad de otros, y el Estado debe garantizar la reciprocidad con el respeto mutuo, para que sean

y comunicación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77 (mayo-agosto), 2006, p. 121.

¹⁰⁹ DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 14.

derechos efectivos, especialmente cuando unos derechos sirven de fundamento para ejercitar otros (como la libertad de expresión en el caso de Lüth)¹¹⁰.

Debe también abandonarse la idea de libertad formal que imperaba tras la revolución francesa, ya que el Estado debe posicionarse, frente al ataque a los derechos del más débil, corrigiendo los desequilibrios, mediante el establecimiento de una garantía material que repela los ataques injustificados cuando el derecho ejercitado es fundamento de otro derecho fundamental, o que el Estado limite o regule determinados aspectos ante situaciones de desequilibrio fáctico provocadas por los poderes sociales.

En el caso Lüth, el Tribunal Constitucional alemán indicó que los derechos fundamentales no tienen una eficacia inmediata o directa entre los particulares, sino que se han de valorar las conductas, y entendió que Lüth se ocupaba de asuntos de interés público (llamamiento a la conciencia) y, por ende, se debía resolver a su favor, siendo vital entender que los derechos fundamentales no son ilimitados. Añadió que, en caso de colisión, uno de los derechos en conflicto podrá prevalecer, en cierto modo, como consecuencia de la ponderación entre ellos, basada, en una causa de justificación; aparte de que -una vez justificada la injerencia en el derecho de un tercero- deberá atenderse -además- a un criterio de proporcionalidad en cada caso concreto, pues el exceso por desproporción siempre lesiona.

Esta concepción entiende que cada norma funda su validez en el hecho de haber sido aprobada por el órgano declarado competente por una norma de rango superior y de acuerdo con los procedimientos previstos en ella. En definitiva, se sitúa a la Constitución por encima del resto de normas y postula la

¹¹⁰ Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth] Sentencia de la Primera Sala, del 15 de enero, 1958 (URL: [chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf](https://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf), fecha de consulta: 3 de marzo de 2024).

célebre norma hipotética fundamental de que debemos huir de la concepción puramente material para explicar la supremacía de las normas constitucionales. En su lugar debemos atender también a la norma formalmente constitucional y su superior jerarquía.

Por otra parte, es necesario que referirnos la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales, factor al que se refiere en su FJ 8 la STC 15/1982, de 23 de abril, en los siguientes términos: “como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos”. Clarifica García de Enterría “tiene el carácter de Derecho directamente aplicable, sin necesidad del intermedio de una Ley”¹¹¹.

Así pues, girando en torno a las mismas ideas ya expresadas, se puede afirmar que la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales nace de la posición superior de la Constitución emanada del poder constituyente y que conforma un sistema básico, cuya efectividad y funcionamiento no puede ser condicionada por “eventuales mayorías de representación” o por la inactividad del Legislador. Esa base, extrapolada a los derechos fundamentales, se identifica con el denominado “núcleo duro” o “contenido mínimo esencial”.

Es precisamente esta aplicabilidad directa la que se alza como garantía de operatividad del sistema emanado del poder constituyente, según mantiene, entre otras, la STC 128/2007, de 4 de Junio, FJ11 que “ningún derecho, ni aun los fundamentales, es absoluto o ilimitado. Unas veces el propio precepto constitucional que lo reconoce ya establece explícitamente los límites (v.gr. 20.4

¹¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985 (3ª ed.), p. 63.

CE); en otras ocasiones Estos derivan de la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela. En tal sentido, este Tribunal tiene declarado de manera reiterada que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga o ante los que, de manera mediata o indirecta, se infieran de la misma, al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos”. En definitiva, el referido límite del legislador a la hora de abordar los derechos fundamentales como una cara o faceta del deber positivo de protección, que puede ser entendido como la negación y repulsa a la defraudación de los valores, principios y derechos constitucionales por su superior posición jurídico-formal.

El hecho de que algunos de los derechos fundamentales sean directamente aplicables sin necesidad de desarrollo legislativo posterior, genera el problema de su interpretación, pues su delimitación no es siempre explícita. Díez Picazo explica que “la delimitación del contenido de los derechos fundamentales es a menudo una empresa ardua, sobre todo por la notable indeterminación de muchos de los enunciados constitucionales que declaran derechos”, siendo un problema que se plantea incluso para los Jueces y Tribunales cuando el Legislador no ha desarrollado tal derecho, problemática que dicho autor resuelve centrándose en una concepción flexible de los derechos fundamentales, donde en primer lugar entran en juego los valores (y principios) constitucionalmente protegidos (como indicadores de situaciones que a priori son susceptibles de ser “estimadas” de protección) y que a su vez predicen, junto a la inevitable colisión de los derechos, los límites del mismo¹¹².

Aunque los referidos derechos fundamentales están en mayor o menor medida (ya sea explícita o implícitamente) delimitados, en ocasiones aparecen mandatos (o remisiones al legislador) que se configuran como una directriz

¹¹² DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 41- ss; 97 - ss.

positiva -íntimamente conexas al derecho fundamental- que emana del poder constituyente, que posee un contenido material y efectivo mínimo directamente justiciable, y que no puede ser defraudado ni tan siquiera si existiese una falta de regulación legal, sentido en el que la STC 15/1982, de 23 de abril, en su FJ 8, afirma que aunque no haya la regulación ese mínimo contenido ha de ser protegido. De otro modo el amparo previsto en el art. 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico". Respecto del "mínimo contenido" -que debe ser identificado en base a una difícil tarea interpretativa- le corresponderá a cada derecho el suyo propio, y los mandatos podrán delimitarlo en mayor o menor medida.

En contraposición a tal postura, puede señalarse la mantenida por el Abogado del Estado -en el procedimiento que desembocó en la STC 15/1982- acerca de que el art. 30.2 contiene "una remisión al legislador que afecta a la propia existencia del derecho y no sólo a su configuración", tesis que fue desestimada por el Tribunal Constitucional ante "la necesidad de la *interpositio legislatoris* no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para «regular» el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia" lo que sitúa al legislador en una posición de equivalente a poder constituyente. Del mismo modo, resulta interesante colegir tal idea con lo que sostiene Böckenförde al respecto, pues los derechos fundamentales se reducen así a cometidos constitucionales sin llegar a fundamentar ninguna pretensión reclamable directamente ante los tribunales fuera de la defensa ante una inactividad, por cuanto se basaba en una concepción propia del positivismo¹¹³.

Una vez expuesta la aplicabilidad directa de los derechos

¹¹³ BÖCKENFÖRDE E.W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p.97 y ss.

fundamentales, se puede hacer referencia al papel del legislador en cuanto a su facultad para “limitar” y “desarrollar” los derechos fundamentales preexistentes. En primer lugar, dicha facultad nace del “sometimiento formal” a la Constitución, porque el poder constituido desciende del constituyente y su potestad es directamente otorgada por la propia Constitución (reserva de ley) concretada a través de una suficiente representatividad de los ciudadanos. En efecto, es la propia Constitución la que faculta al legislador para poder desarrollar los derechos fundamentales. Baste citar el art. 53 y 81 de la Carta Magna para poder advertirlo, y aquí cabe entender que el poder constituyente otorga potestad al legislador para, dentro de un margen de maniobra delimitado, configure los distintos derechos fundamentales que ya de por sí operarían de manera más o menos efectiva en el ordenamiento, dependiendo del grado de delimitación para cada concreto derecho y ante unas concretas circunstancias.

La función del legislador, facultado por la superior norma constitucional, será la de poder configurar, desarrollar o limitar los derechos fundamentales con un margen de maniobra. Medina Guerrero¹¹⁴ refiere el “control de la constitucionalidad de los límites debe efectuarse a lo largo de un procedimiento en el cual la superación de cada fase o etapa conduce a la siguiente, hasta agotar las tres que pueden identificarse: en la primera, se trata de desentrañar si la facultad pretendidamente menoscabada por la restricción forma parte o no del contenido total del derecho fundamental tal y como éste es delimitado por la Constitución; en caso afirmativo, habría de analizarse si el límite supera los juicios de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto en que se proyecta el principio de proporcionalidad; y, finalmente, aun cuando la restricción sea, en efecto, proporcionada, aún debería resolverse si la misma ha de declararse inconstitucional por afectar, no a una facultad o posibilidad de actuación integrante del contenido normal del derecho, sino constitutiva del

¹¹⁴ MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw Hill, 1996, p.170.

absolutamente intangible contenido esencial”

Así pues, su configuración sólo está al alcance del poder constituyente, que no puede ser mermado por el legislador, y cuya efectividad en su propia naturaleza primaria -a salvo de la colisión también primaria con otros derechos- debe quedar garantizada. Dicho de otro modo, al legislador le está permitido establecer, dentro de unos límites inquebrantables que la norma suprema previene explícita o implícitamente, una mayor concreción de los derechos fundamentales, y en este sentido la STC 127/1994, de 5 de mayo, se refiere a que el legislador incida “en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas”, pero siempre “respetando su contenido esencial (núcleo duro)”.

Debemos atender una vez más a los mandatos contenidos en la Constitución, pues los mismos “delimitan” aún más si cabe los derechos fundamentales, y sirven en mayor o menor medida (atendiendo a su específico grado de delimitación) como límite negativo y guía (finalidad) para el legislador, quien tendrá mayor o menor libertad -según las ocasiones- para cumplir su cometido, pues es evidente, por ejemplo, que para el ya expuesto ejemplo del “*habeas corpus*” (como parte de la garantía al derecho de la libertad ciudadana) existe un mandato mucho más concreto y dirigido que el del art. 30.2 CE.

Estas son precisamente las dos asas a las que se refería Epicteto de Frigia, que hacen de esta cuestión manejable e inmanejable a la par.

Por un lado, estaría la protección de los derechos fundamentales.

Por otro lado, la protección del Derecho o la Justicia, si se prefiere (nótese la mayúscula) dado que en el contexto de un pensamiento donde

parecen pacíficas la doctrina y la jurisprudencia constitucionales¹¹⁵, se sostiene que no existen derechos absolutos -ya que todos los derechos son limitados-, pues se deben preservar o proteger no sólo otros derechos sino también otros bienes constitucionalmente protegidos. Los derechos fundamentales tienen límites internos, que sirven para concretar la delimitación positiva del objeto correspondiente al derecho fundamental, que no deriva de una creación normativa recicladora no constituyente, sino de una interpretación de la norma iusfundamental, y permiten fijar la extensión de la garantía constitucional, bien por señalar directamente el límite al regular el derecho, bien por correlación con otros derechos fundamentales o con las restantes normas constitucionales (otros bienes constitucionalmente protegidos). Podemos hablar pues de:

a) los límites inmanentes derivados de su coexistencia con otras normas constitucionales y,

b) los límites positivos que la propia Constitución impone, desde el enunciado, mediante una definición del propio derecho, cuando enumera las expectativas de conducta amparadas bajo un derecho que podría abarcar un catálogo más amplio.

Ello no sólo revela que se pueden dar situaciones conflictivas en el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, sino que los mismos no tienen una posición estática ni petrificada en nuestro ordenamiento, pudiendo ser reinterpretados tanto por el Legislador como por el Tribunal

¹¹⁵ Debido a su dinamismo que les sitúa en constante confrontación con su propia naturaleza, donde normalmente incertidumbre genera inevitables problemas interpretativos, por lo que aproximarse a ellos con ejemplos limitados puede llegar a resultar contraproducente por la infinidad de supuestos que pueden concurrir. Es necesario atender a la a de Pleno 1/2004, de 13 de diciembre, en su FJ 6 establece “su solución sólo puede perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal, esto es, ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes”

Constitucional, adaptándose a una cambiante realidad social, que puede incluso incidir en los valores y principios (que tampoco son estáticos), siempre y cuando no se desnaturalicen (con el límite en el núcleo duro del derecho, que es la dignidad humana y la igualdad básica). Dicho de otro modo, los derechos fundamentales y libertades públicas pueden tener una mayor o menor extensión dependiendo de determinados contextos sociales, políticos, o económicos, que cada sociedad deberá de un modo u otro configurar, y estará legitimado siempre y cuando se respete un contenido mínimo prefigurado por los concretos derechos y libertades (contenidos en la declaración) que a su vez se inspiran del espíritu consecuente con la dignidad humana y la igualdad básica (último y, a su vez primario, límite del juicio de proporcionalidad).

Frente a estas situaciones, Díez-Picazo¹¹⁶ se refería en un inicio que se entendía que, la resolución de tales conflictos debía canalizarse ponderando los derechos, bienes o intereses en presencia, para dar preponderancia al que entrañe un valor más cualificado o importante. No obstante, la delimitación de derechos rechaza que la colisión sea entre derechos sino entre sus límites, y en consecuencia la solución, en aquellos supuestos, pasa por la indagación de los límites recíprocos, para constatar cuál de las expectativas de conducta no está privada de protección. Para llegar a la solución adecuada, muchas veces marcados por un halo de incertidumbre, se suele acudir al principio de proporcionalidad. El juicio de proporcionalidad se traduce en una prueba sobre la concreta afectación del bien o el interés público, que puede ser un daño efectivo, o un riesgo cierto y actual o inmediato, y su comparación con el sacrificio impuesto para salvaguardarlo, a fin de determinar si concurre equilibrio y una adecuada compensación, siendo conveniente insistir aquí en que el juicio de proporcionalidad no debe confundirse con el contenido mínimo esencial del

¹¹⁶ DIEZ PICAZO, *op. cit.*, 104 y ss.

derecho por cuanto el primero va más allá de lo requerido por el respeto del contenido esencial y el segundo basta que el mismo no quede destruido o desvirtuado. Pero, como sea que no estamos ante derechos ilimitados, la proporcionalidad valora que dicha restricción sea adecuada y necesaria.

Esa volatilidad interpretativa y la necesidad de un juicio de proporcionalidad individualizado se alza como evidente en lo que expone Münch¹¹⁷: “el contenido del derecho fundamental a la dignidad del hombre como un aspecto relativo: un mismo hecho puede lesionar la dignidad de una mujer, pero no de un hombre; la dignidad de un hombre mayor, pero no de un hombre joven; la dignidad de un civil, pero no la de un soldado. También el devenir del tiempo puede jugar un papel en la forma de valorar ciertas cuestiones. Por ejemplo, las condiciones de habitabilidad de viviendas que hoy, en 1999, se verían como indignas, en el año 1945, con las ciudades de Alemania destruidas, se podrían ver como lujosas. Igualmente, las condiciones de vida económica en los países muy pobres del Tercer Mundo son otras que en Europa. En este contexto, el Tribunal Constitucional Federal ha subrayado que la posibilidad de lesión de la dignidad del hombre por un acto puede determinarse teniendo en cuenta el caso concreto individual.”

En el mismo sentido, volver nuevamente sobre la *Drittwirkung der Grundrechte*, pues es cierto que los derechos fundamentales asisten a los particulares, pero no de manera ilimitada, pues tales derechos están en constante colisión (y se debe recordar que los derechos de unos operan como límites a la libertad de otros) y el Estado debe garantizar la reciprocidad con el respeto mutuo, para que sean derechos efectivos, especialmente cuando unos derechos sirven de fundamento para ejercitar otros (como la libertad de

¹¹⁷ MÜNCH. D., “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional”, *Foro. Nueva época*, núm. 9, 2099, pp. 115.

expresión en el caso de Lüth). Así pues, debe también abandonarse la idea de libertad formal que imperaba tras la Revolución Francesa, ya que el Estado debe posicionarse, frente al ataque a los derechos del más débil, corrigiendo los desequilibrios (Estado social y de Derecho) mediante una garantía material que repela los ataques injustificados cuando el derecho ejercitado es fundamento de otro derecho fundamental, o que el Estado limite o regule determinados aspectos ante situaciones de desequilibrio fáctico provocadas por los poderes sociales.

En el caso Lüth, el Tribunal Constitucional alemán indicó que los derechos fundamentales no tienen una eficacia inmediata o directa entre los particulares, sino que se han de valorar las conductas, y entendió -en el caso concreto- que Lüth se ocupaba de asuntos de interés público (llamamiento a la conciencia) y por ende, se debía resolver a su favor, siendo vital entender que los derechos fundamentales no son ilimitados, y que -en caso de colisión- alguno deberá prevalecer como consecuencia de la ponderación entre ellos, basada primero en una causa de justificación; aparte de que -una vez justificada la injerencia en el derecho de un tercero- deberá atenderse -además- a un criterios de ponderación en cada caso concreto, pues el exceso por desproporción siempre lesiona.

B. Las garantías constitucionales: la constante en su problemática interpretativa

Por “garantía”, debemos entender al decir de la RAE (Del fr. *Garantie*): “1. f. Efecto de afianzar lo estipulado. 2. f. Fianza, prenda. 3. f. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad. 4. f. Seguridad o certeza que se tiene sobre algo. 5. f. Compromiso temporal del fabricante o vendedor, por el que se obliga a reparar gratuitamente algo vendido en caso de avería. 6. f. Documento de garantía de un producto”. A lo que añade lo fundamental para nuestro estudio,

la acepción de “garantías constitucionales” que explica así: “1. f. pl. Derechos que la Constitución de un Estado reconoce a todos los ciudadanos”.

Esto nos lleva a *quid* de la cuestión, pues, bien es sabido que el hecho de que una Constitución reconozca un derecho no necesariamente le supone una efectividad tal que dicho reconocimiento constitucional sea efectivo. Al menos, esto ha sido así, en la mayor parte de la historia del constitucionalismo, donde, recordemos, los derechos aparecían en los textos constitucionales, pero como fuegos de artificio de un complejo “proceso constitucional” que se fue apuntalando y asentando con el paso de los años.

Nos remitimos en esta parte a lo expuesto en el apartado de constitucionalismo histórico y de sobra conocido por constitucionalistas y otros juristas en que los derechos fundamentales forman parte de su día a día.

Por tanto, a sensu contrario, una “garantía” tiene que ser algo más que un mero reconocimiento en el seno de una Constitución, pues “garantizar” es “afianzar”, “asegurar o proteger” algo, tener la seguridad y la certeza de que ese “algo” (ese derecho) se respeta, cumple y realiza. En una palabra “garantir” que proviene, a su vez, del término “garante”¹¹⁸.

Esta inicial definición se completa en el Diccionario Panahispánico del Español Jurídico con una tercera acepción que afina y sitúa en un lugar más adecuado la cuestión a dilucidar “3. Proc. Medio procesal que permite asegurar el disfrute efectivo de un derecho”. Por tanto, sería la forma en que el ordenamiento jurídico y, en concreto la disciplina procesal se articula para asegurar el respeto y protección de los derechos constitucionales, dado que, en todo caso, estamos tratando las garantías de tipo jurisdiccional.

¹¹⁸ Del fr. *garant*, y este quizá del franco **werênd*; cf. a. al. ant. *wêrênt*, al. *gewähren* 'otorgar' (RAE, edición electrónica).

El Poder Legislativo, cuya función primordial es la de elaborar normas, en los Estados democráticos basa su legitimación en la constante idea de que representa la voluntad popular, pues los miembros del Poder Legislativo son elegidos por sufragio universal; y tal como consideran López Pina y Gutiérrez Gutiérrez se debe apelar a lo dispuesto en el art. 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclama la Ley como expresión de la voluntad popular¹¹⁹.

Así pues, los textos constitucionales también incluyen normas jurídicas o derechos. El órgano representativo del pueblo son las Cortes, pero en ningún caso se debe confundir la representatividad con la soberanía, pues la segunda emanaría, según la propia Constitución, en todo caso del proceso previsto en el art. 168 CE, y por ello, según los mismos autores, se debe entender que el Legislador es un actor sometido a “la Constitución (que) recoge la voluntad de un poder superior al del legislador parlamentario, y se imputa su creación al mismo pueblo”, lo que a nuestro juicio es concordante con la concepción Kelseniana (explicada por ambos autores citados), la cual entiende que “cada norma funda su validez en el hecho de haber sido aprobada por el órgano declarado competente por una norma de rango superior y de acuerdo con los procedimientos previstos en ella” y “sitúa en la Constitución, por encima de la cual es preciso postular la célebre norma hipotética fundamental”; lo que puede identificarse con la conclusión de que debemos huir de la “concepción puramente material” para explicar la “supremacía de las normas constitucionales”, y en su lugar debemos atender a la norma “formalmente constitucional” y su superior jerarquía. En conclusión, que la posición jerárquica superior de la Constitución frente al Legislador es cuestión que se alza como fundamental en aras de explicar las diferentes facetas de su relación.

¹¹⁹ LÓPEZ PINA y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 241

Por otra parte, la STC 11/1981 resulta ser el *leader case* en relación con el tema del “contenido mínimo esencial” de los derechos fundamentales pues asevera que: “De esta suerte, hay que volver, como centro de gravedad de la cuestión propuesta, a la idea de «contenido esencial» del artículo 53 de la Constitución. Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el artículo 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Muchas veces el «*nomen*» y el alcance -de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para

que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse”.

Así pues, girando en torno a las mismas ideas ya expresadas, se puede afirmar que la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales nace de la posición superior de la Constitución emanada del poder constituyente y que conforma un sistema básico cuya efectividad y funcionamiento no puede ser condicionada por las eventuales mayorías de representación o por la inactividad del Legislador. Esa base o solera a la que nos referimos, extrapolada a los derechos fundamentales, se identifica con el denominado “núcleo duro” o contenido mínimo de los mismos, que será directamente aplicable, pues ya hemos advertido que la posibilidad efectiva y material del ejercicio de los derechos se alza como garantía de operatividad del sistema emanado del poder constituyente, y mantiene la STC15/1982, de 23 de abril, en su FJ8 que: “la dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella” o “que el derecho del objetor este por entero subordinado a la actuación del legislador” y su alcance (del derecho sin desarrollar en concreto) -según la propia STC 15/1982- “no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla”, refiriéndose al contenido delimitado por el propio derecho en la Constitución.

Así, debemos atender, una vez, más a los mandatos contenidos en la Constitución, pues los mismos “delimitan aún más si cabe los derechos fundamentales, y sirven en mayor o menor medida (atendiendo a su específico grado de delimitación) como límite negativo y guía (finalidad) para el legislador, quien tendrá mayor o menor libertad -según las ocasiones- para cumplir su cometido, pues es evidente, por ejemplo, que para el ya expuesto ejemplo del “habeas corpus” (como parte de la garantía al derecho de la libertad ciudadana) existe un mandato mucho más concreto.

Pero lo anterior no es una garantía exclusivamente oponible al legislador, sino que alcanza a jueces y tribunales. Los derechos pueden ser desarrollados tanto por el Poder Legislativo, adaptándose a una cambiante realidad social y, a la vez, la interpretación en el ámbito judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas se revela como una cuestión compleja. Sea como fuere, en ambos casos hay límites infranqueables. Esta interpretación puede incluso incidir en los valores y principios (que tampoco son estáticos), siempre y cuando no se desnaturalicen (con el límite en el núcleo duro del derecho, que es la dignidad humana y la igualdad básica). Dicho de otro modo, los derechos fundamentales pueden tener una mayor o menor extensión dependiendo de determinados contextos sociales, políticos, o económicos, que cada sociedad deberá de un modo u otro configurar, y estará legitimado siempre y cuando se respete un contenido mínimo prefigurado por los concretos derechos humanos contenidos en la declaración, que, a su vez, se inspiran del espíritu consecuente con la dignidad humana y la igualdad básica; último y a su vez primario límite del juicio de ponderación, que ha ido siendo desplazado por el de proporcionalidad.

En este sentido entiende Gálvez, que "la fuerza normativa de la Constitución y el carácter inviolable de los derechos fundamentales se proyectan, así, sobre todo los integrantes de la colectividad, de tal modo que todos los sujetos del ordenamiento, sin excepciones, cualquiera que sea su

naturaleza, pública o privada, están obligados a respetar los derechos fundamentales de la persona en todas sus actuaciones".¹²⁰

Aún a riesgo de ser reiterativos, enfatizamos nuevamente lo expuesto por Díez-Picazo¹²¹, pues; frente a ese categórico postulado, en un inicio se entendía que la resolución de tales conflictos debía canalizarse ponderando los derechos, bienes o intereses en presencia, para dar preponderancia al que entrañe un valor más cualificado, o más importante. Pero la técnica de delimitación de derechos rechaza que la colisión sea entre derechos sino entre sus límites, y en consecuencia, la solución no es la preponderancia sino la indagación de los límites recíprocos, para constatar cuál de las expectativas de conducta no está privada de protección. Para llegar a la solución adecuada se debe establecer la interpretación de los valores que encarnan, pero a veces ello no basta, puesto que hay casos en que existen intensidades diversas, que son toleradas por la propia delimitación de los derechos, por lo que se debe acudir al principio de ponderación. El juicio de proporcionalidad se traduce en una prueba sobre la concreta afectación del bien o el interés público, que puede ser un daño efectivo, o un riesgo cierto y actual o inmediato, y su comparación con el sacrificio impuesto para salvaguardarlo, a fin de determinar si concurre equilibrio y una adecuada compensación.

Esa volatilidad interpretativa y la necesidad de un juicio individualizado se alza como el necesario -pero pantanoso- terreno de las ideas, estereotipos y juicios de valor. Escobar reflexiona sobre la cuestión y expresa que "al acercarnos a la norma para comprenderla o interpretarla somos siempre

¹²⁰ GALVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 109.

¹²¹ DIEZ PICAZO, *op. cit.*, 104 y ss.

portadores de nuestros «prejuicios», de lo que se trata es de no limitarse a ejecutar las «anticipaciones» de la precomprensión, siendo por el contrario consciente de las mismas y explicándolas, respondiendo así al primer mandato de toda interpretación: evitar la arbitrariedad de las ocurrencias prestando así atención a la debida interpretación sin incurrir en subjetivismos”¹²².

Esta problemática es la que también subyace en las palabras del Münch: “el contenido del derecho fundamental a la dignidad del hombre como un aspecto relativo: un mismo hecho puede lesionar la dignidad de una mujer, pero no de un hombre; la dignidad de un hombre mayor, pero no de un hombre joven; la dignidad de un civil, pero no la de un soldado. También el devenir del tiempo puede jugar un papel en la forma de valorar ciertas cuestiones. Por ejemplo, las condiciones de habitabilidad de viviendas que hoy, en 1999, se verían como indignas, en el año 1945, con las ciudades de Alemania destruidas, se podrían ver como lujosas. Igualmente, las condiciones de vida económica en los países muy pobres del Tercer Mundo son otras que en Europa. En este contexto, el Tribunal Constitucional Federal ha subrayado que la posibilidad de lesión de la dignidad del hombre por un acto puede determinarse teniendo en cuenta el caso concreto individual”¹²³.

En consecuencia, la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales y libertades públicas, así como el debido respeto a su contenido mínimo esencial, o núcleo duro no es un postulado que afecte única y exclusivamente al Poder Legislativo, sino que el art. 53.1 CE los vincula a la totalidad de los poderes públicos (incluido el judicial), facultando al Poder Legislativo a modular y

¹²² Cit. ESCOBAR ROCA, G., “El futuro de la dogmática de los derechos”, *Revista catalana de Dret públic*, núm. 49 (diciembre), 2014, p. 75.

¹²³ MÜNCH, *op. cit.*, pp. 115- ss.

desarrollar tales derechos y libertades, con pleno respeto a ese contenido mínimo esencial.

Pero la verdadera problemática a la que nos referiremos ya no es propia de una colisión entre derechos fundamentales y libertades públicas, sino a las tensiones provocadas entre el denominado *ius puniendi* -que no tiene categoría propia de derecho fundamental- con la garantía objetiva de aquellos derechos fundamentales y libertades públicas lesionados, que tampoco constituyen un derecho subjetivo autónomo.

III. LA PRUEBA ILÍCITA EN RÉGIMEN CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

A. La regla de exclusión y su nacimiento en los Estados Unidos: naturaleza jurídica y fundamentación y el camino al *due process*

Tanto la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776 como la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de julio de 1776, fueron consecuencia de una revolución que surge por un déficit de los derechos de libertad ingleses, que se configuraban en base a leyes ordinarias y sin limitación alguna oponible al Parlamento Inglés, que podía limitar o suprimir tales libertades que afectaban a los colonos, a su libre arbitrio. Frente a tal situación los súbitos americanos decidieron anteponer aquellas libertades al Poder legislativo, a través de la Constitución, para evitar “cauteladamente” una merma de tales derechos y libertades, obedeciendo la misma a la clásica concepción subjetivista y defensiva de los derechos fundamentales.

Entiende Maqueda sobre el caso norteamericano que: “todas las colonias gozaban de una gran autonomía, se autogobernaban sin que prácticamente se ejerciesen interferencias desde Inglaterra, y aunque no podamos analizar la situación en estos territorios, sí era un hecho claro que en su interior se daban posturas divergentes y disputas entre las instituciones y los gobernantes de las colonias y Gran Bretaña; enfrentamientos que iban en aumento cuando se produce el cambio de actitud de Inglaterra, en el sentido de dictar leyes que cargan con impuestos a las colonias”¹²⁴.

En contraposición al nacimiento de los Estados Unidos, la Revolución Francesa de 1789, culminando en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, “trajo consigo grandes transformaciones en las

¹²⁴ MAQUEDA ABREU, C., *Los derechos humanos en los orígenes del estado constitucional*, en *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, coord. Yolanda Gómez Sánchez, 2004, p.180.

condiciones de vida y en la política de los franceses, de Europa en general y del mundo, por su carácter universalista”¹²⁵, pero que no perseguía una finalidad cautelar como la estadounidense, sino un cambio efectivo de sistema en torno a los derechos naturales, que exigía importantes modificaciones estructurales y legislativas. El Antiguo Régimen se caracterizaba por su intromisión sistemática en tales derechos, no siendo suficiente la concepción “cautelar y subjetiva”, sino una concepción que trascendiese a la propia organización del Estado en torno a las máximas de libertad e igualdad que se erigen como mandatos de actuación para poder acometer la finalidad revolucionaria, esto es, una primigenia concepción objetiva de los mismos. Con ello nació lo que denominamos el Estado Moderno, donde dicho pacto de los hombres justifica la posición superior Estatal en la capacidad y exigibilidad de los derechos subjetivos, distintos a la categorización de derechos subjetivos público¹²⁶ y donde se explicita la existencia de un contenido material mínimo y garantizado a través de una concreta organización: “una sociedad donde no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución” (art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano).

La denominada *exclusionary rule* (regla de exclusión) fue aplicada efectivamente, pero sin acuñar dicho término, por primera vez, por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, concretamente en el año 1914, por medio de la sentencia dictada por unanimidad, denominada *Weeks v. United States* 232 US 383 (1914)¹²⁷.

¹²⁵ GRIMM, *op. cit.*

¹²⁶ En HOBBS, T., *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, Trad. Manuel Sánchez Sarto. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. Ed. 9º, 2014, p.180, se afirma lo siguiente: “La obligación de los súbditos con respecto al soberano se comprende que no ha de durar ni más ni menos que lo que dure el poder mediante el cual tiene capacidad para protegerlos. En efecto, el derecho que los hombres tienen, por naturaleza, a protegerse a sí mismos, cuando ninguno puede protegerlos, no puede ser renunciado por ningún pacto”.

¹²⁷ URL:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/>, fecha de consulta: 6 de marzo de 2024.

No obstante, ello no fue la primera aplicación de aquella regla en el sistema judicial estadounidense por cuanto la primera sentencia que abordaba aquella cuestión fue *Reifsnyder v. Lee*, 44 Iowa 101 (1876)¹²⁸, en un caso de incautación precedida de una violación de la Cuarta Enmienda.

Volviendo a *Weeks v. United States* 232 US 383 (1914)¹²⁹ la Corte Suprema estadounidense determinó que cuando las cartas y documentos del acusado fueran sustraídos de sus instalaciones por un funcionario de los Estados Unidos, actuando bajo apariencia de cargo pero sin ninguna orden de registro y en violación de los derechos constitucionales del acusado bajo la Cuarta Enmienda, y una solicitud oportuna de devolución de las cartas y documentos por parte del interesado hubiera sido rechazada y, se utilizan como prueba a pesar de su objeción, se comete error perjudicial y la sentencia debería ser revocada.

En relación a la imposibilidad del uso de las cartas y documentos sustraídos sin la preceptiva garantía judicial (*warrant*) que refiere la meritada resolución, resulta de interés advertir que el Tribunal Supremo fundamentó la prohibición del uso del material incriminatorio por la directa violación de los derechos constitucionales del acusado; matizando el propio órgano que no necesitaba investigar qué remedios puede tener el acusado contra los funcionarios, ya que la Cuarta Enmienda no está dirigida a la mala conducta individual de dichos funcionarios.

¹²⁸ URL: <https://www.iowacourts.gov/courtcases/11381/briefs/3867/embedBrief>, fecha de consulta: 6 de marzo de 2024.

¹²⁹ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/>, fecha de consulta: 6 de marzo de 2024.

De gran utilidad supone la explicación -cuyo orillamiento no puede ser admitido - del Juez Bradley en la sentencia *Boyd v. United States*¹³⁰, decidida el 1 de febrero de 1886, y referenciada en *Weeks v. United States*¹³¹ en relación al origen de los meritados derechos constitucionales en Estados Unidos, con especial énfasis a la Cuarta y Quinta Enmienda, que indicia la arraigada naturaleza adversarial en el los procedimientos judiciales de Estados Unidos, explicando que para determinar la naturaleza de los procedimientos previstos por la Cuarta Enmienda a la Constitución bajo los términos de "registros e incautaciones irrazonables". Expone el Juez Bradley lo siguiente:

"Sólo es necesario recordar la historia contemporánea o entonces reciente de las controversias sobre el tema, tanto en este país como en Inglaterra. La práctica había prevalecido en las colonias de emitir órdenes de asistencia a los funcionarios de ingresos, autorizándolos, a su discreción, a registrar lugares sospechosos en busca de bienes de contrabando, lo que James Otis calificó como "el peor instrumento de poder arbitrario, el más destructivo de la libertad inglesa y los principios fundamentales del derecho, que jamás se haya encontrado en un libro de leyes inglés"; a que ponían "la libertad de cada hombre en manos de cada suboficial". Esto fue en febrero de 1761, en Boston, y el famoso debate en el que tuvo lugar fue quizás el evento más destacado que inauguró la resistencia de las colonias a las opresiones de la madre patria. "Allí y entonces", dijo John Adams, "allí y entonces se produjo la primera escena del primer acto de oposición a las reivindicaciones arbitrarias de Gran Bretaña. Allí y entonces nació la niña Independencia". Estas cosas, y los acontecimientos que tuvieron lugar en Inglaterra inmediatamente después de la discusión sobre los mandatos de asistencia en Boston, estaban

¹³⁰ 116 US 616 (1886) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>, fecha de consulta: 8 de marzo de 2024.

¹³¹ 232 US 383 (1914), fecha de consulta: 9 de marzo de 2024.

frescos en la memoria de quienes lograron nuestra independencia y establecieron nuestra forma de gobierno. En el período comprendido entre 1762, cuando John Wilkes inició la *North Briton*, hasta abril de 1766, cuando la Cámara de los Comunes aprobó resoluciones condenatorias de las órdenes generales, ya fueran para la incautación de personas o de papeles, se produjo la amarga controversia entre el gobierno inglés y Wilkes, en la que este último apareció como el campeón de los derechos populares y fue, de hecho, el pionero en la contienda que resultó en la abolición de algunos abusos graves que se habían infiltrado gradualmente en la administración de los asuntos públicos.

Entre ellas, la más importante y destacada era la práctica de expedir órdenes generales por parte del secretario de Estado para registrar domicilios particulares con el fin de descubrir y confiscar libros y papeles que pudieran utilizarse para condenar a su propietario por el cargo de difamación. Algunos números del *North Briton*, en particular el número 45, habían sido muy audaces en la denuncia del gobierno y se consideraban atrozmente difamatorios. Por autorización de la orden del secretario, se registró la casa de Wilkes y se confiscaron sus papeles indiscriminadamente. Por este atropello, demandó a los autores y obtuvo un veredicto de 1000 libras contra Wood, uno de los que realizaron el registro, y de 4000 libras contra Lord Halifax, el Secretario de Estado que emitió la orden. El caso, sin embargo, que siempre será celebrado como la ocasión de la memorable discusión de Lord Camden sobre el tema, fue el de *Entick v. Carrington and Three Other King's Messengers*¹³², relatado extensamente en *Howell's State Trials* 1029. La acción era por invasión de la casa del demandante en noviembre de 1762, y por haber abierto sus

escritorios, cajas, etc., y haber registrado y examinado sus papeles. El jurado dictó un veredicto especial y el caso fue discutido solemnemente dos veces en el tribunal. Lord Camden pronunció la sentencia del tribunal en *Michaelmas Term* de 1765, y la ley que él expuso ha sido considerada como establecida desde entonces hasta ahora, y su gran sentencia en esa ocasión se considera como uno de los hitos de la libertad inglesa. Fue recibida y aplaudida por los amantes de la libertad en las colonias, así como en la madre patria. Se considera uno de los monumentos permanentes de la Constitución británica y las autoridades inglesas en la materia lo citan como tal hasta el día de hoy.

Como todos los estadistas estadounidenses, durante nuestro período revolucionario y formativo como nación, sin duda conocían este monumento de la libertad inglesa y lo consideraban la expresión verdadera y última del Derecho constitucional, en concreto de quienes redactaron la Cuarta Enmienda de la Constitución en relación con los registros e incautaciones irrazonables. Por lo tanto, creemos que es pertinente para el presente tema de discusión citar en gran parte esta célebre sentencia.

Después de describir el poder que se atribuía el secretario de Estado para emitir órdenes de registro generales y la forma en que se ejecutaban, Lord Camden dice:

“Tal es el poder y, por lo tanto, uno esperaría naturalmente que la ley que lo autorizara fuera clara en proporción a lo exorbitante que es el poder. Si es ley, se encontrará en nuestros libros; si no se encuentra allí, no es ley”.

Continuando con el planteamiento de invalidación de las pruebas ilícitas en sistema estadounidense, debemos analizar las cuestiones propias del fundamento de la regla de exclusión en Estados Unidos a la luz de una constante evolución jurisprudencial de su Corte Suprema, que no ha sido, ni mucho menos, pacífica.

Así pues, y como punto de partida, se debe advertir el hecho de la regla de exclusión opera en el sistema estadounidense como un remedio o excepción que debe ser aplicado, según la propia Corte Suprema Estadounidense, de manera cautelosa, pues tiene directa afección a una deseada cohesión social en la percepción de la Justicia.

La idea básica es la siguiente, en el sistema estadounidense la necesidad de expeler o no -del procedimiento- pruebas ilícitas es guiado por una constante pugna entre el coste social de sacrificar la verdad material y por ende, liberar un culpable de su condena, con la necesaria disuasión de prácticas inconstitucionales por parte de los investigadores, quedando la efectiva lesión del derecho constitucional del acusado en un segundo plano.

Como punto de partida, y a efectos de desarrollar lo expuesto en los dos párrafos que preceden, resulta de interés hacer una serie de menciones a distintas Sentencias del Tribunal Supremo estadounidense.

En primer lugar, se afirma por parte de la Corte Suprema Estadounidense desde *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)¹³³, y luego en *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968)¹³⁴ así como en *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974)¹³⁵ que la regla de exclusión es un recurso creado judicialmente y diseñado para salvaguardar los derechos de la Cuarta Enmienda, generalmente, a través de su efecto disuasorio, en lugar de un derecho constitucional personal de la parte agraviada.

¹³³ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/643/#656>, fecha de consulta: 13 de marzo de 2024.

¹³⁴ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/#29>, fecha de consulta: 13 de marzo de 2024.

¹³⁵ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/338/#348>, fecha de consulta: 13 de marzo de 2024.

Ampliando la cuestión, y en consideración a *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974), se explicitó que, a pesar de su amplio propósito disuasorio, la norma no prohíbe el uso de pruebas confiscadas ilegalmente en todos los procedimientos o contra todas las personas, y su aplicación se ha restringido a aquellas áreas donde se considera que sus objetivos reparadores se cumplen de manera más eficaz. Así, y a modo de ejemplo ilustrativo sobre su tormentosa aplicación, se alza la cuestión sobre si la exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente alcanza a aquel material objeto de confiscación pues, en la Sentencia de *One 1958 Plymouth Sedan v. Pennsylvania*, 380 U.S. 693 (1965),¹³⁶ se planteó que el decomiso es claramente una pena por el delito penal y que sería ciertamente anómalo, en estas circunstancias, sostener que en el proceso penal las pruebas incautadas ilegalmente son excluibles, mientras que, en el procedimiento de decomiso, que requiere la determinación de que se ha violado la ley penal, las mismas pruebas serían admisibles.

Lo anterior, más que aclarar la cuestión, la complica, por cuanto se plantea una ilimitada aplicación de la exclusión (cuando operase) sobre las pruebas obtenidas; cuestión que alcanza al propio fundamento de la regla de exclusión, ya que a día de hoy no se ha acabado por resolver adecuadamente, ni en qué medida, si se trata de un remedio sanador del propio derecho vulnerado, la mera evitación de una ventaja procesal del Estado o un auténtico remedio punitivo, pese a la insistencia en acaparar su fundamentación exclusivamente bajo el término de disuasión¹³⁷.

La sentencia de *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974) es buena muestra de un intenso -y arraigado- conflicto ideológico entre los juristas de ese país, donde tres de sus miembros desistieron de la opinión de la mayoría,

¹³⁶ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/380/693/>, fecha de consulta: 14 de marzo de 2024.

¹³⁷ *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960) asevera que: "La norma está calculada para prevenir, no para reparar. Su finalidad es disuadir".

entendiendo que la degradación de la regla de exclusión a una determinación de si su aplicación en un tipo particular de procedimiento promueve la disuasión de futuras malas conductas policiales refleja un error sorprendente, a menos que sea un rechazo intencionado, del objetivo histórico y el propósito de la regla, haciendo mención a los precedentes creados desde *Weeks v. United States* 232 US 383 (1914)¹³⁸, de los cuales se advierte, como fundamento, una función reparadora de la lesión del propio derecho del titular del mismo, con referencia a *Gelbard v. United States*, 408 U.S. 41 (1972)¹³⁹, donde la resolución explicita que el perjudicado ha sido víctima de un registro ilegal y no desea reparar la privacidad de nadie, excepto la suya propia. Prosigue el disenso en el recordatorio de que la función de la exclusión de las pruebas también descansa sobre la necesaria integridad del sistema judicial tal y como se expuso en la sentencia de *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968)¹⁴⁰ en tanto en cuanto los tribunales que se rigen por la Constitución no pueden ni serán parte de invasiones ilegales de los derechos constitucionales a los ciudadanos al permitir, sin obstáculo alguno, el uso gubernamental de los frutos obtenidos.

Las anteriores discusiones sobre la fundamentación de la regla de exclusión, ya habiendo transcurrido más de un siglo desde *Weeks v. United States* 232 US 383 (1914) lejos de estar superadas por la Corte Suprema Estadounidense, ya casi constituyen un tópico recurrente no carente de una infranqueable resistencia de una constante minoría de miembros de la Corte Suprema Estadounidense, como demuestra *Herring v. United States*, 555 U.S.

¹³⁸ URL:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/>, fecha de consulta: 17 de marzo de 2024,

¹³⁹ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/41/#63>, fecha de consulta: 15 de febrero de 2023.

¹⁴⁰ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/#12>, fecha de consulta: 17 de marzo de 2024.

135 (2009)¹⁴¹. La decisión adoptada por 5 votos a favor y 4 en contra, vino a consolidar, más si cabe, que los principios del efecto disuasorio, con orillamiento de la efectiva lesión del derecho en cuestión, deben, además, ser puestos en relación con el grado de culpabilidad que pesare sobre la conducta investigativa. En dicha sentencia se asevera que desde *Weeks v. United States*, 232 US 383 (1914) se partió de la base de que los abusos que dieron lugar a la regla de exclusión presentaban una conducta intencional que era evidentemente inconstitucional para poder concluir que la conducta policial debe ser lo suficientemente deliberada como para que la exclusión pueda disuadirla significativamente, y lo suficientemente culpable como para que dicha disuasión valga el precio pagado por el sistema de justicia. La sentencia insiste en que la regla de exclusión sirve para disuadir en un futuro una conducta deliberada, imprudente o gravemente negligente o, en algunas circunstancias, negligencia recurrente o sistémica. El error en este caso no llega a ese nivel.

Respecto de los hechos relevantes del caso, y en base a una orden de detención errónea (por cuanto constaba que la misma se había retirado cinco meses antes y no se eliminó del sistema informático), se procedió al registro del vehículo del Sr. Herring, donde los agentes descubrieron metanfetamina en su bolsillo y una pistola debajo del asiento de su camioneta.

Frente a esa realidad fáctica, se introduce al debate, opinando a favor de la operabilidad de la regla de exclusión en aquel supuesto, el disenso de J. Ginsburg apoyándose en su propio disenso efectuado en *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 (1995)¹⁴², donde se considera que:

¹⁴¹ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/555/135/>, fecha de consulta 23 de marzo de 2023.

¹⁴² URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/1/>, fecha de consulta: 30 de marzo de 2024.

"tanto el texto constitucional como la historia de su adopción e interpretación identifican una concepción más majestuosa. La Enmienda protege el "derecho fundamental del pueblo a estar seguro en sus personas, casas, papeles y efectos" contra todos los registros e incautaciones oficiales que no sean razonables. La Enmienda es una limitación al poder del soberano, no sólo a algunos de sus agentes".

Siguiendo lo anterior, prosigue el razonamiento en base a argumentos razonados, citando el disenso del Juez Brenna en el disenso (valga la redundancia) de *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974), situando la naturaleza de la exclusión en permitir al poder judicial evitar la mancha de asociación en la ilegalidad oficial y asegura al pueblo (todas víctimas potenciales de la conducta ilegal del gobierno) que el gobierno no se beneficiará de su comportamiento ilegal, minimizando así el riesgo de socavar gravemente la confianza popular en el gobierno.

La resistencia al énfasis en la fundamentación de la regla de exclusión se ve enfrentada a unas mayorías en la Corte Suprema Estadounidense que cada vez van incrementando en la polarización del debate, pudiéndose advertir en *Davis v. United States*, 564 U.S. 229 (2011)¹⁴³ que se llega a petrificar la fundamentación de la regla de exclusión en que el único propósito de la regla de exclusión es disuadir futuras violaciones de la Cuarta Enmienda, y su operación se limita a situaciones en las que este propósito se considera que se cumple de manera más eficaz.

¹⁴³ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/229/>, fecha de consulta: 27 de marzo de 2024.

Dicho lo anterior, la regla se basa en una ponderación que pertenece en exclusiva a los tribunales entre el sacrificio de la verdad material y la expectativa de que la exclusión sea eficaz a medio y largo plazo. No obstante, se advirtió en *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960)¹⁴⁴ que "no se disponen de estadísticas empíricas que demuestren que los habitantes de los estados que siguen la regla de exclusión sufren menos registros e incautaciones ilegales que los de los estados que admiten pruebas obtenidas ilegalmente. Dado que, en la práctica, nunca es fácil probar algo negativo, es poco probable que alguna vez se puedan reunir datos fácticos concluyentes. Por la misma razón, no se puede demostrar positivamente que la aplicación del derecho penal sea más o menos efectiva bajo cualquiera de las dos normas. Pero no faltan pruebas pragmáticas de algún tipo. Los propios tribunales federales han funcionado bajo la regla de exclusión de *Weeks* durante casi medio siglo, pero no se ha sugerido que por ello la Oficina Federal de Investigaciones haya quedado ineficaz o que la administración de justicia penal en los tribunales federales haya quedado ineficaz". Así pues, la expectativa se basa en razonamientos parcialmente empíricos, con expectativas de obtener un éxito razonable en un futuro con la aplicación de la regla de excepción".

Al hilo de la fundamentación de la denominada regla de exclusión, se atender al hecho de que, por el contenido literal de la Cuarta Enmienda, así como el origen defensivo de la Constitución Estadounidense, que junto a otras declaraciones de derechos promulgadas en su mismo contexto histórico, se alzó como instrumento defensivo del ciudadano frente al poder, se debe atender al extremo de que en Estados Unidos, incluso en la actualidad, no puede operar la regla de exclusión en procedimientos penales respecto de aquellas pruebas obtenidas por los particulares. Por citar algún ejemplo relevante, la Sentencia de

¹⁴⁴ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/364/206/>, fecha de consulta: 29 de marzo de 2024.

Burdeau v. McDowell, 256 U.S. 465 (1921)¹⁴⁵ determinó que la Cuarta Enmienda brinda protección contra registros e incautaciones ilegales y su protección se aplica a la acción gubernamental, añadiendo que su origen e historia muestran claramente que pretendía ser una restricción a las actividades de la autoridad soberana, y no una limitación a otras agencias que no sean gubernamentales; frente a tal autoridad, el propósito de la Cuarta Enmienda era asegurar al ciudadano el derecho de ocupación tranquila de su vivienda y la posesión de su propiedad, sujeto al derecho de embargo mediante proceso debido. Otro ejemplo lo encontramos en la Corte Suprema del Estado de Oregón, en *Walker v. Penner*, 190 Or. 542 (1951)¹⁴⁶ en que se admitió como prueba una botella de *whisky* confiscada ilegalmente del automóvil de la demandada por el marido de la demandante, y afirmó que la regla de exclusión estaba limitada a los casos que involucraban al gobierno.

Pese a lo anterior, lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte Suprema Estadounidense refiere constantemente a fundamentar la exclusión solamente a determinadas instituciones, concretamente la policial, desechando conductas negligentes de otras instituciones, como, por ejemplo. las negligencias provenientes de los funcionarios de las cortes.

Respecto a esta cuestión derivada del fundamento de la regla de exclusión, en opinión de Mclean¹⁴⁷, el propósito de la norma no es castigar a la autoridad, sino hacer cumplir los derechos de los ciudadanos al disuadir futuras búsquedas ilegales y confiscaciones por parte de la policía y, por lo tanto,

¹⁴⁵ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/256/465/>, fecha de consulta: 29 de marzo de 2024.

¹⁴⁶ URL: <https://law.justia.com/cases/oregon/supreme-court/1951/190-or-542-2.html>, fecha de consulta: 29 de marzo de 2024.

¹⁴⁷ MACLEAN, H., *The Fourth Amendment and the Exclusionary Rule in Civil Cases*, 43 *Denver Law Review*, Vol. 43, Issue. 4, 1966, p.524.

precisamente esta diferencia entre el gobierno y un individuo es la que proporciona la razón de ser de la regla de exclusión en los casos penales. El departamento de policía se dedica a detectar delitos y, supuestamente, la exclusión de pruebas ilegales en un caso afectará su comportamiento en el futuro.

Para Pizzi¹⁴⁸, incluso existe demasiada laxitud en la aplicación de la regla de exclusión por parte de los tribunales estadounidenses y señala los problemas que acarrea la variopinta interpretación del término de "*probable cause*" (causa probable) y su relación con el efecto disuasorio. Ciertamente la Corte Suprema Estadounidense, en *Brinegar v. United States*, 338 U. S. 160, 175. (1949) ¹⁴⁹, reconoce que:

"al abordar la causa probable, como su propio nombre lo indica, tratamos con probabilidades. Éstas no son técnicas; son consideraciones factuales y prácticas de la vida cotidiana sobre las cuales actúan hombres razonables y prudentes, no técnicos jurídicos".

Siguiendo con Pizzi¹⁵⁰, entiende que, sobre un mismo supuesto como es el de determinar que existe causa probable de que un sujeto pudiera haber cometido un delito, personas razonables difieran -con razonabilidad- sobre si hubo una causa probable y que en esos supuestos, la regla de exclusión fuera una consecuencia desmesurada en su aplicación por cuanto hay zonas grises y,

¹⁴⁸ PIZZI, W. T., *Trials Without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It*, New York University Press, 1998. ProQuest Ebook Central, URL: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/universidadcomplutense-ebooks/detail.action?Created from universidadcomplutense-ebooks>, fecha de consulta: 23 de agosto de 2024.

¹⁴⁹URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/338/160/>, fecha de consulta 20 de enero de 2023.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

en definitiva, el sistema adversarial basado en la batalla entre el Estado y la defensa, tiende a olvidar al perjudicado por el delito, quien puede quedar doblemente perjudicado por la desmesurada aplicación de la regla de exclusión. Lo anterior, desde luego, afecta a un juicio previo de ponderación y proporcionalidad para la inferencia sobre el derecho afectado cuya delimitación no es siempre sencilla.

Frente a esta inveterada tendencia, ya cristalizada de *facto* desde *Davis v. United States*, 564 U.S. 229 (2011)¹⁵¹, de pivotar el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita en su necesario y -énfasis- eficaz efecto disuasorio en relación a las actuaciones policiales¹⁵², debemos introducir el expansivo concepto del *due process* (proceso debido) que se incardina en la Quinta y Decimocuarta Enmienda estadounidense, y que abarca todos los supuestos de necesidad de exclusión probatoria por lesión de los derechos constitucionales, a diferencia del cerrado supuesto contemplado en la Cuarta Enmienda estadounidense. Lo anterior determina la relegación a un segundo plano de la Cuarta Enmienda, dando una respuesta más armonizada al fundamento de la regla de exclusión. Resulta obligado recalcar el caso *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949)¹⁵³, que en relación con la fundamentación de la operabilidad de la exclusión de prueba ilícita entiende que:

¹⁵¹ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/229/>, fecha de consulta: 2 de abril de 2024.

¹⁵² "Hace décadas, la exclusión La regla no tenía que ver con la disuasión. Luego se convirtió parcialmente en una cuestión de disuasión. Y ahora se trata (supuestamente) sólo de disuasión." RICHARD M, R., "The Due Process Exclusionary Rule (A new textual foundation for a rule in crisis)", *Harvard Law Review*, Vol. 127, núm. 7, 2014, p. 1898.

¹⁵³ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/338/25/>, fecha de consulta 20 de enero de 2023

"Al rechazar la sugerencia de que la cláusula del debido proceso incorporaba la Carta de Derechos original, el juez Cardozo reafirmó en nombre de esa Corte una concepción diferente, pero más profunda y generalizada, de la cláusula del debido proceso. Esta cláusula exige de los Estados para los más humildes y marginados todo lo que está "implícito en el concepto de libertad ordenada"¹⁵⁴.

En *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), se considera que el debido proceso legal, por lo tanto, no transmite un formalismo rígido y engloba armoniosamente todos aquellos derechos que los tribunales deben hacer cumplir porque son básicos para su sociedad libre, sin que los mismos queden petrificados, por cuanto se trata en el campo de la experiencia humana. Entienden que pertenece a la naturaleza misma de una sociedad libre avanzar en sus estándares de lo que se considera razonable y correcto y el debido proceso constituye una forma de principio vivo que no se limita a un catálogo permanente de lo que en un momento dado puede considerarse los límites o lo esencial de los derechos fundamentales. Reprochan el método de confiar en una fórmula clara para determinar fácilmente qué es un derecho fundamental a los efectos de su aplicación legal puede satisfacer un anhelo de certidumbre, que comporta ignorar los movimientos de una sociedad libre. Ello, según su criterio, menosprecia la escala de la concepción del debido proceso. La clave real, según la Corte Suprema, para resolver el problema que enfrenta el poder judicial en la aplicación de la cláusula del debido proceso no es preguntar dónde se trazará la línea de una vez por todas, sino reconocer que corresponde a la Corte trazarla mediante el proceso gradual y empírico de "inclusión y exclusión". Acaba por concluir que la seguridad de la privacidad de una persona contra la intrusión

¹⁵⁴ URL, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/338/25/>, fecha de consulta: 2 de abril de 2024.

arbitraria de la policía (que es el núcleo de la Cuarta Enmienda) es básica para una sociedad libre. Por lo tanto, está implícito en "el concepto de libertad ordenada" y, como tal, es exigible contra los Estados a través del Debido Proceso.

A raíz de la anterior resolución apareció la célebre sentencia de *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961) cuyo extracto es el siguiente:

"Dado que el derecho a la privacidad de la Cuarta Enmienda ha sido declarado exigible contra los Estados a través de la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda, es exigible contra ellos por la misma sanción de exclusión que se utiliza contra el Gobierno Federal. Si fuera de otra manera, entonces, así como sin la regla *Weeks* la garantía contra registros e incautaciones federales irrazonables sería "una forma de palabras", sin valor y sin merecer mención en una carta perpetua de inestimables libertades humanas, así también, sin esa regla, la libertad contra invasiones estatales de la privacidad sería tan efímera y tan claramente separada de su nexo conceptual con la libertad contra todos los medios brutales de coerción de pruebas que no merecería la alta consideración de este Tribunal como una libertad "implícita en el concepto de libertad ordenada" (...) Por lo tanto, al extender las protecciones sustantivas del debido proceso a todos los registros constitucionalmente irrazonables, estatales o federales, era lógica y constitucionalmente necesario que también se insistiera en la doctrina de la exclusión, una parte esencial del derecho a la privacidad, como un ingrediente esencial del derecho recientemente reconocido por el caso *Wolf*. En resumen, la admisión del nuevo derecho constitucional por parte de *Wolf* no

podía tolerar de manera consistente la negación de su privilegio constitucional más importante, a saber, la exclusión de la evidencia que un acusado se había visto obligado a proporcionar debido a la incautación ilegal. Sostener lo contrario es conceder el derecho pero, en realidad, negar su privilegio y disfrute (...) Consideramos que, en lo que respecta al Gobierno Federal, las Enmiendas Cuarta y Quinta y, en lo que respecta a los Estados, la libertad de sufrir invasiones inadmisibles de la privacidad y la libertad de ser condenado por confesiones obtenidas mediante coacción sí gozan de una "íntima relación" [en su perpetuación de "principios de humanidad y libertad civil [conseguidos]... sólo después de años de lucha", *Bram v. United States*, 168 U. S. 532, 543-544 (1897). Expresan "fases complementarias del mismo propósito constitucional de mantener invioladas amplias áreas de la privacidad personal". *Feldman v. United States*, 322 U. S. 487, 489-490 (1944). La filosofía de cada Enmienda y de cada libertad es complementaria, aunque no dependiente, de la de la otra en su esfera de influencia; lo mínimo que juntas garantizan en cualquiera de las esferas es que nadie será condenado por pruebas inconstitucionales. Cf. *Rochin v. California*, 342 U. S. 165, 173 (1952)"¹⁵⁵.

En base a esa fundamentación, Richard M. Re. concluye que la Corte Suprema debería acabar de aglutinar el fundamento de la regla de exclusión en términos de una "regla de exclusión del debido proceso"¹⁵⁶. Al centrarse en el error legal a ser condenado sin proceso, acepta un enfoque que proporcionaría a la doctrina del denominado "error inofensivo" una base constitucional.

¹⁵⁵ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/643/>, fecha de consulta: 4 de mayo de 2024.

¹⁵⁶ RICHARD, *op. cit.*, pp. 1965-1966.

Explicaría y justificaría la práctica de la Corte de aplicar una doctrina de exclusión singular a una amplia variedad de derechos constitucionales. Además, aclararía el alcance adecuado de la regla de exclusión, al tiempo que proporciona un marco viable para abordar los nuevos desafíos que plantean las tecnologías de búsqueda digital. Quizás lo más importante es que centrarse en el debido proceso llevaría la regla de exclusión al redil del derecho constitucional moderno, lo que le permitiría apoyarse en argumentos arraigados en el texto y la historia de la Constitución¹⁵⁷.

B. Necesaria referencia previa a la literalidad del artículo 11 de la Ley orgánica del Poder Judicial

Aún a riesgo de repetir más de lo necesario el texto del artículo 11 de Ley Orgánica del Poder judicial, recordemos por lo importante de esta cuestión en este momento que señala:

“1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la **buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas**, directa o indirectamente, **violentando** los derechos o libertades fundamentales.

2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

¹⁵⁷ Sobre la reformulación de la fundamentación de la *exclusionary rule* en el denominado *due process* también: BALKIN, Jack M., *Living Originalism*, Cambridge, MA: Harvard University Press/Belknap, 2011; o LAWRENCE, B., “Solum, Semantic Originalism 19M II”, *Pub. Law & Legal Theory Research Papers Series*, núm. 07/24, 2008.

3. Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”.

La clave de su adecuada interpretación terminológica la encontraremos en la siguiente expresión:

“obtenidas, directa o indirectamente, violentando”

Por oposición al texto del artículo 287, que entendemos que no incorpora una regla de exclusión sino un incidente para dirimir su existencia, de la Ley de Enjuiciamiento Civil que reza que hablar de: “obtención u origen (...) vulnerado derechos fundamentales”, en los siguientes términos:

“1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la **obtención u origen de alguna prueba** admitida se han **vulnerado** derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el

derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva”.

Estas dos expresiones son las que, como analizaremos, conforman y regulan la acción principal objeto de controversia, si bien con diferentes expresión y quizás diferente sentido. Por tanto, en el caso del art. 11.1 LOPJ habrá que determinar el significado correcto de “obtener” y “violentar”; termino este último curioso, pues en el ámbito jurídico lo normal es usar “violar” o “vulnerar” como sí hace el artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Empecemos por el término “obtener” que se repite en los dos preceptos como “obtenidas” y “obtención”. Según el Diccionario de la RAE por obtener (del lat. *Obtinēre*) debemos entender: 1. tr. Alcanzar, conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende. 2. tr. Tener, conservar y mantener o 3. tr. Fabricar o extraer un material o un producto con ciertas cosas o de cierta manera”. Por razones obvias debemos descartar las dos últimas acepciones. De modo que obtener significaría, a nuestros efectos, “conseguir” si bien ni se merece, ni se solicita, pero, tal vez sí, se “pretenda”. En definitiva, conseguir la prueba que se pretende.

Según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico podemos individualizar los siguientes lemas que contienen obtener en su literal y que se ajustarían, a priori, a nuestro caso: derecho a obtener una resolución de fondo en infracción tributaria por obtener indebidamente devoluciones.

Por su parte el conocido como el “María Moliner” por obtener debe entenderse: “1. Llegar o tener a tener o disfrutar cierta cosa dada o concedida por otro, o conseguida con el esfuerzo propio. 2. Llegar a cierto resultado en un trabajo un experimento una operación matemática o la resolución de un problema. 3. Fabricar extraer de un material o un producto industrial de cierta manera o con ciertas cosas”. Mientras que en “El Tesoro”, el Diccionario de

Corominas y Pascual se define por los siguientes sinónimos: “agarrar, agenciarse, alcanzar, adquirir, arrancar a, seguir, atrapar, beneficiar, calzarse, cazar, coger, conquistar, conseguir, cosechar, cumplir, ganar, granjearse, brindar, hacerse con, impetrar, llevarse, lograr, lucrar (...) pillar, sacar provecho, recibir, recoger, recolectar, sacar, salirse con, adquirir o recibir”.

Vayamos ahora al significado de violentar, según la RAE es:

1. Tr. Aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia.

2. tr. Dar interpretación o sentido violento a lo dicho o escrito.

3. tr. Entrar en una casa u otra parte contra la voluntad de su dueño.

4. tr. Poner a alguien en una situación violenta o hacer que se moleste o enoje.

U. t. c. prnl.

5. prnl. Dicho de una persona: Vencer su repugnancia a hacer algo”.

Que se completa por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico con expresiones, a modo de ejemplo, como: alzamiento violento, posesión violenta, estado de emoción violenta y homicidio en estado de emoción violenta”.

El Diccionario María Moliner¹⁵⁸ define “violentar” (derivado de violento) como “1. hacer fuerza en una cosa para obligarla a tomar cierta forma o posición. 2. entrar en cierto sitio dos obligar a forzar a una persona en cualquier forma a hacer cierta cosa que no hace con gusto. 3. Forzar, vencer la resistencia de uno a hacer algo. Hacer un esfuerzo. Hacer violencia. 4. Interpretar violentamente darles en el sentido que se pretende. 5. Hacer que alguien se sienta violento”.

¹⁵⁸ *Diccionario de uso del español*, s2ª ed. Gredos, Madrid, 1998.

Nótese las constantes referencia a expresiones que inducen a la aplicación de la fuerza u oposición, a la intimidación, agresividad, resistencia o violencia. Por tanto, conviene que maticemos también el significado de “violento” que María Moliner (deriva del latín *violentus*) que y lo califica como adjetivo que se aplica a “1. cualquier cosa que se hace u ocurre con brusquedad o con extraordinaria fuerza o intensidad, es decir, aplicado a manera, medio, procedimiento o palabras de significado semejante que consiste en **la utilización de fuerza y no basado en la ley o en la justicia**”.

Mientras que en el *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico* de Joan Corominas y José Pascual la sección “violento” a la que nos remite “violentar” y se define como “derivado de vis fuerza, poder, **violencia**”, que aparece frecuentemente en el Siglo de Oro y que figura en los diccionarios de C, de las casas 1570 y muy popularizado actualmente por lo menos en las ciudades cultismo antiguo y arraigado en todas las lenguas hermanas *violent*, que ya en 1213 deriva de **violentar** a principios del siglo XVII y de **violencia** que a su vez viene tomado de violare, violación, violador¹⁵⁹.

Por otra parte, por “violar” (Del lat. *Violāre*) dice el Diccionario que puede entenderse: “

1. tr. Infringir o quebrantar una ley, un tratado, un precepto, una promesa, etc.
2. tr. Tener acceso carnal con alguien en contra de su voluntad o cuando se halla privado de sentido o discernimiento.

¹⁵⁹ *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico* de Joan Corominas y José Pascual Editorial Gredos, Madrid, 1983, 5ª reimpresión de 2007.

3. tr. Profanar un lugar sagrado, ejecutando en él ciertos actos determinados por el derecho canónico.

4. tr. Ajar o deslucir algo”.

Igualmente, por razones que no necesitan de explicación, la acepción válida y que analizaremos será la primera que se refiere “Infringir o quebrantar una ley, un tratado, un precepto, una promesa, etc.”.

La comparativa de ambos términos arroja una indiciaria conclusión, que supone un mayor grado de acción en el caso de “violentar”. Mientas que violar una ley es sencillamente no cumplirla ni respetarla, traspasar lo que señala, es decir, ir más allá de lo permitido legalmente, “violentar” exige una mayor acción con un sentido netamente negativo, esto es, alude a que el actor debe aplicar “medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia”. Supone un mayor grado de acción del sujeto que lo realiza y le presume cierta, mala fe, al exigir la aplicación de “violencia” o “medios violentos” para superar la resistencia por la otra parte. Por ello, aquel que obtuviese pruebas “violentando” no puede argüir que lo hizo sin conocimiento de la ilicitud de su acción pues esta requirió llevar a cabo actos que superasen las iniciales resistencias de determinados cosas u objetos o la ausencia de voluntad, molestia o enojo e, incluso, repugnancia, de otra persona.

Así el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico lo apoya al señalar que “violar” supone “Quebrantar o incumplir reglas, convenciones sociales y acuerdos o atentar contra los derechos y libertades”, es decir, “Traspasar (...) una ley, palabra u obligación” Esto alude a su mero incumplimiento, pero no exige aplicar acción violenta o de superación de resistencia alguna.

Varamos ahora con el término “vulnerar” (Del lat. *vulnerāre* 'herir', 'ofender', y este der. de *vulnus*, -*ēris* 'herida'), que ya, a priori, sigue añadiendo connotaciones negativas a su significado que centra en “1. Transgredir, quebrantar, violar una ley o precepto. “2. tr. Dañar, perjudicar. 3. tr. *desus*. Herir”.

A lo que el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico añade que su conjugación puede suponer expresiones como “Dañar, perjudicar, deteriorar o menoscabar. O Quebrantar o transgredir una ley o norma. O vulneración indirecta de los derechos fundamentales”.

Es decir, que en términos jurídicos violar sería serenísimo de vulnerar, no así violentar. Por ello, debemos concretar el significado jurídico de “vulnerar”, que palabras del Diccionario de Uso del Español de María Moliner supone “causar daño o perjuicio a alguien. “2. Causar o daño perjuicio moral a algo”, a lo que añade lo más significativo a nuestros efectos: “esta última acepción solo se aplica a derecho o palabra equivalente significando lo mismo que el **lesionar**”. Esto es, más en la línea de la tercera acepción que ofrece “3. Infringir una ley o disposición”, que, obviamente es el apropiado a nuestros efectos¹⁶⁰.

La alusión a vulneración “indirecta” de derechos fundamentales complica ciertamente este análisis terminológico, porque por una parte exige la acción de dañar, perjudicar, pero pareciese que esta no tiene que ser expresamente explícita, sino que puede no ser querida y resultar como consecuencia inesperada de otras acciones.

Por otra parte, el artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no solo hace referencia a la forma en que se da con dicha prueba, es decir, al modo en que se consigue o se tienen dicha prueba, sino que introduce la expresión “cuya obtención u origen”.

¹⁶⁰ Desgraciadamente el *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico* de Joan Corominas y José Pascual Editorial Gredos, Madrid, 1983, quinta reimpression de 2007, en esta ocasión no nos sirve de ayuda en su comprensión jurídica pues lo define como herir derivado de bulbus-eres, herida voz literaria está hoy en su prosa San Juan se sirve de herir...”.

La referencia al “origen” alude según la RAE a: “1. m. Principio, nacimiento, manantial, raíz y causa de algo”, dentro de otras varias acepciones que no vienen al caso. A esto añade el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico que se utiliza, entre otras, del siguiente modo: conocimiento del origen ilícito, lugar de origen, norma de origen, prueba de origen, tribunal de origen.

En definitiva, siempre alude al primer estadio de creación u obtención de una cosa, objeto.

C. La STC 114/1984, de 29 de noviembre, y la "regla de exclusión"

Designaremos como prueba ilícita¹⁶¹ a la obtenida o practicada violentando algún derecho fundamental comprendido entre los arts. 14 a 29 de la Constitución española, anomalía que careció de regulación expresa hasta que el 3 de agosto de 1985 se publicó la Ley 6/1985 Orgánica del Poder Judicial.

Gimeno Sendra, ha señalado que no se deben confundir los términos de prueba ilícita y prueba prohibida ya que, “la prueba ilícita es la que infringe cualquier Ley (no sólo la Fundamental, sino también la legislación ordinaria), en tanto que la prueba prohibida es la que surge como consecuencia de la violación, en su adopción o en su ejecución, de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales”¹⁶².

Díaz Cabiale y Martín Morales procuran una triple distinción:

¹⁶¹Distinta de la llamada “*prueba irregular*”, simplemente contraria a algún precepto infraconstitucional o de legalidad ordinaria que disciplina el proceso, cuya invalidez no resulta amparable en el art. 11.1 LOPJ, ni afecta más que a la prueba directamente concernida por la infracción.

¹⁶² GIMENO SENDRA, J. V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, p. 578.

- a) aquella prueba obtenida lesionando un derecho fundamental;
- b) aquellas obtenidas con la conculcación de normas constitucionales cuyo quebranto no supone lesión del derecho fundamental y
- c) aquellas que lesionen un derecho propio al ámbito de la mera legalidad¹⁶³

En cuanto a la ausencia de régimen legal, por inactividad del legislador competente para delimitar y desarrollar los derechos fundamentales, no generó un auténtico vacío de contenido, al menos en cuanto a una concepción objetiva e integradora de nuestro sistema constitucional.

Así pues, la prohibición de valorar pruebas obtenidas mediante lesión material -directa o indirecta- de un derecho fundamental venía impuesta (incluso a falta de un precepto legal que sancionara su invalidez) por la posición formal de la CE y su carácter vinculante para los poderes públicos, en conexión con el debido análisis ontológico, más el deseable respeto al contenido esencial de los derechos y libertades (art. 53.1 CE).

Así lo reconoció el Tribunal Constitucional, a partir de su relevante sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, al establecer que, en base al carácter objetivo de los derechos fundamentales (es decir, más allá de su operatividad como derechos meramente defensivos o subjetivos), no resultaba necesario un desarrollo normativo previo que privara de eficacia a la prueba obtenida o practicada mediando algunos actos “violentadores” que incidieran en los derechos fundamentales.

¹⁶³ DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Ed. Civitas, Madrid, p. 65

Es obligado reproducir el Fundamento Jurídico Cuarto de la referida sentencia:

"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. 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...» (Sentencia de este Tribunal 25/81, de 14 de julio, Fundamento Jurídico 5). Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del capítulo segundo del título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el «*deterrence effect*» propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos). Estamos, así, ante una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales, aunque no —según se dijo— ante un principio del ordenamiento que puede concretarse, en el reconocimiento a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la condición de derecho fundamental.

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 infra constitucional pero no cuando se trate, de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso."

Pero una detenida lectura de dicha sentencia, aunque fuera un *obiter dictum*¹⁶⁴, revela una serie de cuestiones de una relevancia extrema por cuanto el máximo intérprete de la Constitución determinó sin demasiados ambages, una serie de fundamentos y, consecuencias infranqueables:

l) Que los derechos fundamentales tienen una doble dimensión, la subjetiva y la objetiva.

¹⁶⁴ En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Escritos sobre Derecho, Justicia y Libertad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, núm. 275, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 193 añade que: "su "doctrina" sobre los materiales probatorios ilícitamente obtenidos constituye un *obiter dictum*, aunque aparezca formulado con notable extensión y, desde luego, con solemnidad formal. Se trata de un *obiter dictum* por que el mismo TC afirma que en el caso resuelto no se produjo violación de derechos fundamentales para obtener los instrumentos de prueba. Por tanto, el recurso de amparo era desestimado".

II) Que, por imperativo constitucional, como garantía objetiva y no un mero principio, ni derecho subjetivo, debe operar nulidad radical en relación a los actos violatorios de los derechos y situaciones reconocidas en la sección primera del capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución, independientemente de si el acto es de corte público o privado.

III) Que es necesario, el no reconocimiento de la contravención de aquellos derechos, además, por la aplicabilidad de la función disuasoria de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, **pero en todo caso de actos públicos como privados**. En ningún caso, la inadmisibilidad de la prueba constituye un derecho subjetivo sino una garantía objetiva.

IV) Que es necesario un juicio de ponderación entre los intereses en juego, pugnando la procuración de la verdad en el proceso y la garantía constitucional que emana directamente de la Carta Magna y que, en caso de apreciarse la segunda, debe ceder la primera. Que en caso de que la lesión no provenga directamente de la norma constitucional, puede admitirse la prueba.

A *priori* podemos aseverar que el Tribunal Constitucional, antes de la promulgación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, estableció unas claras pautas en relación a la denominada prueba ilícita, no descansando exclusivamente su fundamentación en la jurisprudencia estadounidense, que desecha -aunque también es incapaz de eliminarla del todo¹⁶⁵- en su

¹⁶⁵ En *Gelbard v. United States*, 408 U.S. 41 (1972), donde la resolución explicita que el perjudicado ha sido víctima de un registro ilegal y no desea reparar la privacidad de nadie, excepto la suya propia.

(URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/41/>, fecha de consulta 10 de junio de 2023)

ponderación la concreta violentación¹⁶⁶ del derecho fundamental en cuestión y que desde luego no incluye las lesiones provenientes de los particulares. Su fundamentación es propia de un sistema constitucional moderno, como es el español aunque, como veremos, se inspira en algunos conceptos propios del sistema estadounidense.

Sobre la necesidad de regulación de tal precepto la posición formal de la Constitución y su vinculación a los poderes públicos, en conexión con el derecho a un proceso legal con todas las garantías (24.2 CE) así como también pudiendo afectar a la igualdad de las partes (14 CE), más el debido análisis ontológico, desembocaba en la prohibición de valoración de cuantas pruebas se hubieran obtenido con actos violatorios -sea de forma directa o indirecta- un derecho fundamental.

Esta fue la conclusión adoptada por el Tribunal Constitucional en la destacada STC 114/1984, donde explicó la operatividad directa de la Constitución, concluyó en su FJ 4 que:

“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 pública”.

¹⁶⁶ Se debe precisar que, además, refuerza la idea de que no se trata un derecho subjetivo el argumento empleado en el FJ1 de la STC 114/1984, de 19 de noviembre: "Ello es claro si se tiene en cuenta que pueden no coincidir la persona cuyo derecho se conculca extraprocesalmente para obtener la prueba y aquélla otra frente a la cual la prueba pretende hacerse valer en el proceso."

Resulta de capital importancia atender a los términos empleados por el Tribunal Constitucional en aquella sentencia, sobre la que se construyó el texto del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pues así se puede entender su fundamentación y origen. Los términos empleados en aquella sentencia no obedecen a error alguno, pues se establece la consecuencia de nulidad radical respecto de los **actos violatorios**, expresión que no se encuentra aislada en el propio fundamento jurídico, ya que habla de la problemática de la prueba obtenida **violentando** derechos o libertades fundamentales.

La expresión elegida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 114/1984 el de actos violatorios, al igual que ocurre con el término "violentando" del art. 11.1 LOPJ es constantemente orillada y sustituida por el término de vulneración¹⁶⁷, que desde luego no fue el empleado ni en la referida sentencia, ni tampoco en la norma.

Una vulneración o lesión es la consecuencia de un acto precedente (incluso equiparable a una omisión) y el Tribunal Constitucional, en la sentencia 114/1984, puso énfasis en que lo relevante para apreciar la nulidad es:

a) la existencia previa de un acto,

¹⁶⁷MIRANDA ESTRAMPES, M. «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo, 2010, p. 136: "según dicha sentencia la interdicción de la admisión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales derivaba directamente de la Constitución". También PICÓ i JUNOY, J., "La prueba ilícita: un concepto todavía por definir", *La Ley Probática*, núm.1 2020, (URL:<https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmNDU2NDA7Wy1KLizPw8WyMDlwMDS0NDkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAK81V2U1AAAAWKE>, fecha de consulta: 22 de junio de 2024)) en que señala: "Como es bien sabido, el art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985) vincula el concepto de prueba ilícita a la vulneración de derechos fundamentales".

b) entendiendo que el mismo tuviera un carácter violatorio y que, desde luego, y como no puede ser de otra manera,

c) lesiona el derecho fundamental.

Así pues, el empleo de los términos acto violatorio implican una carga culpabilística -identificable con el dolo, la negligencia y al error inexcusable- que determinan el fundamento de la necesidad, por interpretación directa de la Constitución, de dotar de nulidad al medio probatorio.

No es difícil imaginar situaciones donde existe un acto lesionador del derecho que no podrían catalogarse como "violatorio", como puede ser el claro ejemplo de abrir y leer, por puro error involuntario, una correspondencia ajena. Desde luego que existe una lesión en el derecho fundamental, pero la misma no ha sido intencionada o buscada, independientemente de insertar en la ecuación otras finalidades instrumentales que guían a la lesión del derecho.

No obstante, Spiefelberg sitúa la esfera de aplicabilidad de la regla de exclusión a la vulneración de los derechos fundamentales¹⁶⁸. Por nuestra parte, en relación al empleo de dicho término, acto violatorio, entendemos que encuentra parte de su fundamento y sentido en la jurisprudencia estadounidense, al resolver sobre el alcance de la denominada regla de exclusión en relación a su función disuasoria, como garantía objetiva o institucional. Tampoco creemos que sea casualidad que se hiciera expresa mención al *deterrence effect*, que tiñe de significado al empleo del término actos violatorios.

¹⁶⁸ SPIEGELBERG, J.L. S., *La prueba en la LEC 1/2000: disposiciones generales y presunciones*, Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra, 2002, pp. 142-143.

No puede obedecer a una casualidad que la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre, fuera dictaminada tras la aparición de la sentencia de la Corte Suprema Estadounidense referida como *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984)¹⁶⁹, que fue leída el 17 de enero de ese mismo año y donde, aplicando la doctrina de la buena fe, se incidiera en que "el propósito disuasorio de la regla de exclusión supone necesariamente que la policía ha incurrido en una conducta intencional, o al menos negligente, que ha privado al acusado de algún derecho". Parece pues, que al menos, en parte, vino a darse la razón a lo que expuso en su día Montón¹⁷⁰, que defendía con anterioridad a la meritada sentencia que era prueba ilícita aquella afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención.

Desde luego que no se puede afirmar que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 114/1984 plagiera al sistema estadounidense, ni mucho menos que se importara indiscriminadamente su efecto disuasorio. Más bien, de manera acertada, lo adaptó a un contexto del constitucionalismo moderno, conectado a ya referidas las exigencias del art. 9.1 y 10.1 CE, pues aquellos actos violatorios no se circunscriben en exclusiva a la policía, ni tan siquiera al Estado, expandiéndose la consecuencia de nulidad cuando los actos "violentadores" provinieran de cualquier persona o institución particular y armonizando sistemáticamente la cuestión. Es más, como buena muestra de ello es que la regla opera en todo tipo de jurisdicciones, no siendo exclusiva de la jurisdicción penal, todo ello a la luz de nuestro propio sistema constitucional. Como ya veremos, esa concepción tampoco parece haber calado en los operadores jurídicos, sobre todo en el orden jurisdiccional penal, donde se empezó por

¹⁶⁹ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/>

¹⁷⁰ MONTÓN REDONDO, A., *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977, p. 174.

desarrollar un catálogo de excepciones a la aplicabilidad de la denominada prueba refleja y se ha terminado por acabar -justificándose en las soluciones de otros sistemas- suplantando la función del legislador constitucional al reinterpretar el propio fundamento y alcance de la regla de exclusión en relación al art. 11.1 LOPJ.

D. La regla de exclusión del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Finalmente, y tras la sentencia 114/1984 del Tribunal Constitucional, tal como explica González Montes¹⁷¹ como el legislador decidió incorporar en la Ley Orgánica del Poder Judicial, una regla de exclusión. Se planteó una primera enmienda por el Grupo Popular en el Congreso (la número 952) y el texto era el siguiente:

"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".

A continuación, 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", el texto prosperó y quedó del siguiente tenor literal:

¹⁷¹ GONZÁLEZ MONTES, J. L. "La prueba ilícita. STC 114/1984, de 29 de noviembre", *Persona y Derecho*, núm. 54, (enero), 2006, p. 364.

"No surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales".

A lo anterior Gálvez Muñoz también hace referencia a los debates parlamentarios, destacando la intervención del Sr. Granados Calero, del Grupo Socialista, quien manifestó que "a mí también me parece una barbaridad esta enmienda. Yo creo que S.S. no la ha valorado ni su Grupo tampoco. El imponer al Poder Judicial lo que tiene efecto y lo que no lo tiene de unas pruebas que han sido aportadas libremente por las partes, que han llegado a su poder y que están en los autos, me parece una de una trascendencia que, o S.S. está distorsionado todo el derecho, o yo reconozco que no sea absolutamente una palabra de derecho. Nuestro Grupo, por los motivos que acaba de exponer se opone total y radicalmente a la introducción de este párrafo segundo de su enmienda 952"¹⁷².

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, dicha laguna legal dejó de existir, ya que el legislador optó reconocer la existencia de dicha garantía objetiva¹⁷³ y optó por regular una regla de exclusión, nacida a imagen y semejanza¹⁷⁴ de la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1985, empleándose, de manera expresa, términos acomodados a la propia resolución con relación a la prueba.

Con ello se conformó un sistema, aplicable a todas las jurisdicciones (todo tipo de procedimientos) donde el legislador, con clara inspiración en la STC 114/1984, optó por negar valor probatorio a las pruebas obtenidas con violentación -tanto directa como indirecta, proveniente de cualquier acto de

¹⁷² GALVEZ MUÑOZ, *op. cit.*, p .49.

¹⁷³ ASECIO MELLADO, J. M^a., "La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita", *Diario La Ley*, núm. 9499, Sección Tribuna, 16 de octubre de 2019.

¹⁷⁴ DE LA OLIVA SANTOS, *op. cit.*, p. 193:"Una vez conocida la STC 114/1984, no es de extrañar que la enmienda senatorial se inspirase en ella".

naturaleza pública o privada- de los derechos fundamentales, lo que *en principio* afecta o alcanza a las denominadas pruebas “*derivadas*” de aquellas otras obtenidas con violentación de tales derechos constitucionales, afectación por derivación; construida por inspiración de la doctrina sentada en el año 1920 por el Tribunal Supremo Estadounidense en el caso *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920)¹⁷⁵, conocida como *the fruit of the poisonous tree doctrine*¹⁷⁶.

a. La regla de exclusión como garantía objetiva

Como ya dijimos, los derechos valen lo que valen sus garantías, por tanto, si los derechos gozan de ese núcleo resistente a cualquier rebaja legislativo, del contenido mínimo esencial, las garantías deberían disponer de ese mismo núcleo impermeable a cualquier rebaja pretérita de quien deba interpretarlos.

A esto obedecerá la lógica de la regla de la “exclusión” de las pruebas obtenidas violentando derechos. Dado que las garantías de protección de estos derechos fundamentales también tienen un contenido mínimo indisponible al legislador y al órgano judicial, este no podrá argüir según qué consideraciones para tratar de evitar la conculcación clara y manifiesta de un derecho en el momento de la obtención de la prueba.

¹⁷⁵ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>, fecha de consulta 15 de marzo de 2023.

¹⁷⁶ La expresión no fue asentada por dicha resolución, sino por en el caso *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939) URL:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>, fecha de consulta 16 de marzo de 2013.

En definitiva, a nuestro parecer la regla de exclusión tiene un contenido inescindiblemente relacionado -pero no incorporado- al artículo 53.1 de la Constitución; quizás uno de los preceptos más importantes de la misma y verdadera piedra de toque de esta cuestión, que no es otra que la de garantizar y proteger los derechos fundamentales.

En efecto, es la propia Constitución la que faculta al legislador para poder desarrollar los derechos fundamentales. Así, se dice expresamente en el artículo 81 CE, pero también implícitamente en el artículo 53.1 al que nos referíamos. Es decir, que el poder constituyente originario otorga potestad al legislador para que concrete, dentro del respeto del contenido mínimo esencial, el ámbito de actuación de los distintos derechos fundamentales. Aunque, debe recordarse, que estos operarían de una forma efectiva, al margen de ese posible inexistente desarrollo legislativo ulterior.

En relación a la STC 114/1984, de 19 de noviembre, afirma Asencio Mellado, que “en aquel momento, año mil novecientos ochenta y cuatro, la inexistencia de una norma que desarrollara la interdicción de la ilicitud probatoria era y resultaba un hecho esencial, que dificultaba la proclamación de la garantía constitucional, pues como constitucional la había definido. De ahí que, al atribuir rango o fundamento constitucional a dicha garantía, no creada, sino simplemente reconocida en su existencia, la norma que se dictara tendría valor y alcance apropiados a la figura y resultaría una ley en desarrollo de un derecho o garantía de los previstos en el art. 53.1 CE”¹⁷⁷.

Como nota característica de la concepción de la regla de exclusión como garantía se pronuncia Martínez García respecto de su consecuencia, al afirmar que " el respeto por este principio se manifiesta esta como un límite a la creación jurisprudencial en materia de derechos y libertades fundamentales, dado que

¹⁷⁷ ASECIO MELLADO, *op. cit.*, p. 23

sólo se puede entrar a regular la esencia de los mismos a través de ley orgánica y con las limitaciones establecidas por la Constitución."¹⁷⁸

Esa concepción de garantía objetiva inserta en la resistencia de los propios derechos fundamentales con otros elementos de relevancia constitucional es concordante con lo expuesto en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, además de tener que conjugarse necesariamente con los art. 9.1 CE, que establece que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución...” y 10.1 CE en cuanto establece que “el respeto a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social”.

Ese fundamento y obligación, propia de una concepción objetiva de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, fue necesariamente en el que se inspiró la STC 114/1984, al referirse no solamente al término de garantía objetiva, sino de incluir, como límite, a la prohibición de valoración probatoria de actos violentadores provenientes de los particulares, afectando a la imposibilidad de su valoración en ningún tipo de proceso, sin acentuar excepción alguna en la jurisdicción penal.

En contra de lo anterior se posiciona De la Oliva, quien entiende que la garantía no puede tener el alcance referido por el Tribunal Constitucional en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, en relación a los siguientes aspectos que resumimos:

¹⁷⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Análisis de la “tesis de la desvinculación de la antijuridicidad”: una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 9, 2011, p. 203.

a) La posición preferente de los derechos fundamentales no implica que un hecho o una verdad deba ser reconocida, sino que sea posible reconocerla.

b) El término "inviolable" no se usa con propiedad y exactitud, porque es innegablemente posible la violación de los derechos fundamentales —son, pues, violables, no inviolables— y la misma Constitución así lo prevé, como es sabido.

c) En relación “nulidad radical de todo acto... violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del título I de la Constitución”, resulta obligado señalar que esta afirmación es aplicable a las actuaciones de obtención de instrumentos probatorios que entrañen violación de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente proclamados.

d) Y finalmente la “necesidad institucional de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el *deterrence effect* propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos)”, cabe hacer notar, en primer término, que no estamos ante un auténtico argumento, con premisas y conclusión, si no ante un aserto de aspecto axiomático y de valor discutible, que cabe no compartir con al menos tanta legitimidad como aceptar¹⁷⁹.

Por otro lado, la identificación de que la prohibición de valoración de las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental constituye una garantía constitucional objetiva tiene especial relevancia porque su esencia

¹⁷⁹ DE LA OLIVA SANTOS, *op. cit.*, pp.195 y ss.

opera conceptual y autónomamente al procedimiento (por ser previa a la misma) y, por ende, a la estricta esfera del 24.2 CE.

Afirmamos lo anterior desde el convencimiento que el art. 11.1 LOPJ no crea la regla de exclusión sino que la reconoce y regula con relación a los procedimientos jurisdiccionales.

Desde luego que no pretendemos negar que la regla de exclusión tenga directa afección a un procedimiento justo con todas las garantías o incluso tener que analizarla con carácter previo dirimir si ha existido o no conculcación del derecho a la presunción de inocencia, pero entendemos la regla de exclusión tiene su origen directo, su razón de ser, en los propios derechos fundamentales, dentro de un marco constitucional moderno.

Desde luego que nos parece oportuno utilizar la reflexión de Borrajo Iniesta de que la problemática puede llegar a "compendiar uno o varios tratados de Derecho procesal, judicial, administrativo o constitucional, que para todos hay trabajo en la viña del artículo 24. Para que esa labor colectiva no se convierta en una cacofonía, empero, conviene deslindar distintas perspectivas. Cada una de ellas surte efectos en el sistema jurídico por separado, y conviene estudiarlas, igualmente, separadas"¹⁸⁰.

No faltan voces - ni resoluciones-, exquisitamente estructuradas, que fundamentan o reconducen la regla de exclusión (o prohibición valorativa) al art. 24.2 de la Constitución española.

Entiende Calderón que, "nadie duda de la imposibilidad de acceso a juicio de una prueba ilícitamente obtenida, adquirida vulnerando derechos

¹⁸⁰ BORRAJO INIESTA, I., "El derecho a la tutela sin indefensión (art. 24.1 CE): guion de cuestiones", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10 (mayo-agosto), 2000, p. 41.

fundamentales, y, más aún, de su imposibilidad de formar parte del acervo probatorio a valorar por el juzgador. Se estaría vulnerando un presupuesto básico de la actividad probatoria"¹⁸¹. Prosigue la autora que "aprecia una línea jurisprudencial, correcta a mi entender aunque todavía no muy definida, en los dos órganos jurisdiccionales a que hemos hecho referencia de situar el derecho a la ineficacia de la prueba ilícita fuera del ámbito de la presunción de inocencia y dentro, respectivamente, del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a que la causa sea oída de forma equitativa — aunque aquí se acude al examen del proceso en su conjunto y no únicamente a las irregularidades en la obtención de la prueba" ¹⁸².

Igualmente entiende Martínez García que, en primer lugar, "la existencia de esta norma del artículo 11.1 LOPJ no añade nada nuevo que no le venga atribuido ya por los derechos fundamentales" para luego determinar que la misma, en segundo lugar "incorpora la eficacia refleja o efecto expansivo contaminante de las pruebas derivadas de una injerencia ilícita en su origen, a saber, la expulsión de dichas pruebas o su invalidez. Este efecto se produce exclusivamente porque esta norma así lo ha regulado, pues las pruebas derivadas intrínsecamente son válidas si no fuera por un mandato de este tipo"¹⁸³.

Otra muestra de esa opinión mayoritaria que sitúa a la regla de exclusión en el art. 24.2 CE, concretamente en lo que se refiere a un procedimiento con todas garantías, es Picó i Junoy, quien entiende "sin embargo, existe todavía un relevante criterio hermenéutico del derecho, el sistemático, en función del cual debe relacionarse la norma interpretada con el resto del ordenamiento jurídico y,

¹⁸¹ CALDERÓN CUADRADO, M^a P., "El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10 (mayo-agosto), 2000, p. 174.

¹⁸² *Ibidem*, pp.174-175.

¹⁸³ MARTÍNEZ GARCÍA, *op. cit.* p. 203.

muy especialmente, con la Constitución. Aquí lo cierto es que en nuestro sistema jurídico se reconoce con el máximo nivel de protección, esto es, como derecho fundamental, al derecho a la prueba, que tiende a permitir la mayor actividad probatoria, máxime cuando el propio texto constitucional no prevé la interdicción de la prueba ilícita, por lo que, en principio, no hay otro derecho fundamental en juego que justifique la limitación del derecho a la prueba. Desde esta perspectiva sistemática, solo cuando se vulnere un derecho fundamental de contenido procesal —el mismo que tiene el derecho a la prueba— podría justificarse la limitación del derecho a la prueba. Y ello nos lleva al segundo problema que paso a analizar, esto es, si la nueva interpretación del art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985) del TC tiene suficiente base argumental constitucional”¹⁸⁴.

Especial relevancia tienen los argumentos que emplea Pico i Junoy en relación al origen de dicha garantía al incidir en que "también es cierto que la eficacia directa de cualquier derecho fundamental —ya sea sustantivo o procesal— debería comportar, en principio, el rechazo de todos los efectos que, directa o indirectamente, se deriven de su vulneración. Sin embargo, no es menos cierto que, aquí entra en escena el derecho a la prueba, igualmente fundamental, por lo que en la ponderación de intereses en conflicto es posible que deba prevalecer este último: esta es la opción por la que apuesta la STC 97/2019. Así, si lo que se vulnera es un derecho fundamental procesal (a la defensa, al proceso justo, etc.) debe primar este último derecho y no admitir efecto alguno a la prueba ilícita. Y, por el contrario, si lo infringido solo es un derecho fundamental sustantivo, ya tiene su sanción en el ámbito material (penal,

¹⁸⁴ PICÓ i JUNOY, “La prueba ilícita: un concepto todavía por definir”, *La Ley Probática*, núm. 1, 2020, (URL: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmNDU2NDA7Wy1KLizPw8WyMDIwMDS0NDkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAK81V2U1AAAAWKE>, fecha de consulta 3 de marzo de 2023).

civil o disciplinario) por lo que, salvo que la admisión de la prueba alcanzada con dicha infracción suponga vulnerar una garantía constitucional del debido proceso, deberá admitirse ese problema".

A nuestro entender, tal concepción, esto es, la de situar el fundamento de la exclusión en el art. 24.2 CE obedece a una especie de pragmatismo propio del ámbito de la economía procesal que se extrapola a los argumentos. Se inicia la construcción argumentativa desde la idea de que la valoración de hechos, informaciones, objetos, situaciones y circunstancias siempre tienen un necesario contacto con el proceso en términos jurisdiccionales.

Al contrario, es necesario insistir que la STC 114/1984 separa, en su fundamentación, la resistencia de los derechos fundamentales a su conexión con el procedimiento al aseverar en su FJ4 que "está garantía **deriva**, pues, de la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del capítulo segundo del título I de la Constitución".

Al respecto, cabe recordar una vez más que el art. 11.1 LOPJ no crea "la regla de exclusión" (más bien se debería hablar de la ineficacia o nulidad del acto que impide su posterior recepción procesal), sino que la reconoce y la regula, no a cualquier ámbito de la vida que sea susceptible de ser tutelado (y la sentencia se refiere a la nulidad de los actos), sino lo hace en relación a los procedimientos, de cualquier orden jurisdiccional.

A nuestro entender Díez Picazo¹⁸⁵ hace una aproximación a la problemática mucho más basada, por cuanto entiende que carece de relevancia constitucional hasta qué punto debe prevalecer la búsqueda procesal de la verdad material y solamente aparece la connotación constitucional cuando la prueba se debe a la violentación de un derecho fundamental o libertad pública,

¹⁸⁵ DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, pp. 422 y ss.

añadiendo que incluso no se trata de la ineficacia probatoria sino de cualquier información que se deba de aquella violentación.

La anterior aclaración provoca que la fundamentación no se puede situar en el art. 24.2 CE en exclusiva, ni tampoco en la vertiente del derecho al acceso al procedimiento (21.1 CE, en relación a la apertura de una investigación judicial basada en informaciones que se deban a la violación de derechos fundamentales y libertades públicas) acercando, Asencio Mellado, su naturaleza al 53.1 CE: “La prueba ilícita (...) tiene que fundarse de manera independiente en el derecho violado *per se*, en su eficacia; es el mismo derecho en movimiento el que exige una protección específica”¹⁸⁶.

La anterior aseveración debe ser matizada por cuanto entendemos que efectivamente la nulidad del acto violentador no comporta un derecho subjetivo autónomo concedido por la propia Constitución, sino una garantía derivada de una interpretación coherente de todo el texto constitucional. No obstante, podría incluso admitirse que el desarrollo legislativo del art. 11.1 LOPJ sí ha concedido dicho derecho como oponible a los propios tribunales en el marco de cualquier procedimiento.

Por otro lado entendemos que, en base a lo que consideramos un buen ejemplo, que la regla de exclusión incluso puede operar, por aplicación directa de la Constitución y no por el art. 11.1 LOPJ, en las denominadas diligencias de investigación pre-procesales, extraprocesales y pos-procesales de la fiscalía¹⁸⁷, que se reconocieron en el art. 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁸⁶ ASECIO MELLADO, J. M^a, “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales”, *Diario La Ley*, núm. 8009, 2013, p. 3

¹⁸⁷ En este sentido, la Circular 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la

La fiscalía se encuentra regulada por la Constitución, que señala en su art. 126, que debe promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, del interés de los ciudadanos y del interés público. Por otro lado, la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su art. 3.3, que en cumplimiento de sus misiones establecidas en el art. 1, el Ministerio Fiscal debe velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.

La Circular 2/2022, de 20 de diciembre, reconoce que "tradicionalmente, la cuestión relativa a las concretas garantías que deben reconocerse al sujeto pasivo de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal ha suscitado controversia. Su naturaleza extraprocesal impide trasladar de un modo automático a este procedimiento las garantías procesales proclamadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*vid.* STS 941/2016, de 15 de diciembre)¹⁸⁸". Ahondando en la cuestión, y reconociéndose la expansividad de ciertas (pero no todas) las garantías del art. 24 CE, se reconoce -con cita a la STS (Sala Segunda) 980/2016, de 11 de enero, rec. 1498/2016- en la meritada circular que las mismas carecen de aptitud para sustituir la actividad del órgano judicial instructor, pues su objeto es más limitado. En contraposición a la instrucción judicial, las diligencias de investigación tienen por objeto la práctica de las pesquisas necesarias para que la/el fiscal pueda adoptar una decisión fundada acerca del ejercicio de la acción penal, que en nuestro ordenamiento jurídico se concibe como específica manifestación del derecho a la jurisdicción (*ius ut*

investigación penal, distingue: 1. Diligencias de investigación preprocesal» para referirse a las practicadas antes de la incoación del procedimiento judicial. 2. Diligencias de investigación auxiliar» para referirse a las practicadas durante la tramitación del procedimiento judicial. 3. Diligencias de investigación posprocesal» para referirse a las que se practiquen tras el sobreseimiento provisional de las actuaciones judiciales.

¹⁸⁸ STS (Sala Segunda) 941/2016, de 15 de diciembre), Rec. 657/2016

procedatur) y, por lo tanto, del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 CE.

La propia circular 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la actividad extraprocésal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal, establece una serie de parámetros para la determinación de la incorporación, en esas diligencias (sin proceso del art. 24 CE) fuentes de prueba recabadas por los particulares:

"A tal efecto, los parámetros que los fiscales considerarán con arreglo al criterio expresado por el Tribunal Constitucional son:

- i) La índole y características de la infracción, ponderando su conexión instrumental, objetiva o subjetiva con la investigación desarrollada por las autoridades públicas.
- ii) El resultado de la actuación y, en concreto, su mayor o menor incidencia en el núcleo esencial del derecho violentado.
- iii) El riesgo de propiciar prácticas que comprometan *pro futuro* la efectividad del derecho fundamental en juego para el supuesto de admitirse la valoración en el caso concreto de la prueba, es decir, su posible efecto llamada".

Llegados a este punto, se puede concluir que el Ministerio Fiscal no supe la función jurisdiccional y que el mismo debe hacer un examen de ponderación en relación al material que recibe, no siendo imposible que, a falta de otros elementos indiciarios o alternativa investigativa, tuviera que archivar sus diligencias.

En esos supuestos no es aplicable la doctrina de la STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 3, donde se trata la irradiación del art. 24.1 CE y no a la recepción probatoria extraprocésal, no se refiriéndose, pues en relación a la indefensión

material, únicamente a las actuaciones judiciales, sino que dicho precepto “debe interpretarse extensivamente como relativo a toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena y, entre ellas, a las diligencias policiales cuya importancia para la defensa no es necesario ponderar”.

b. La problemática interpretativa del art. 11.1 LOPJ

La interpretación de los Tribunales del art. 11.1 LOPJ no ha sido lo suficientemente clara o pacífica y lamentamos advertir que se ha llegado a interpretar dicho precepto, que establece en principio una regla clara, con una flexibilidad indeseable. La STS (Sala Segunda) 569/2013, de 26 de junio, Rec. 2135/2012, reconoció abiertamente que las interpretaciones tienen un límite, al reseñar que:

"Abona esta afirmación lo previsto en el art. 11,1 LOPJ en términos de un rigor que, en la lectura más obvia del precepto, excluye cualquier otra alternativa que no implique una reescritura del mismo".

Lo que para Gálvez era una cuestión pacífica y unánime en nuestra propia doctrina¹⁸⁹ ha acabado por ser un verdadero quebradero de problemas a raíz de las sentencias del "Caso Falciani". Así pues, parecía indiferente que el acto violatorio del derecho lesionado en el que sustentaba la prueba proviniera de un particular o del propio Estado, acto que ahora sólo parece fundamentarse (para que opere la regla de exclusión, en todo tipo de prueba, tanto la directa como la refleja) en aquellos supuestos donde el particular actúe como una

¹⁸⁹ GALVEZ MUÑOZ, *op. cit.* p.107

especie de agente del Estado o lesione el derecho fundamental con la finalidad de obtener material probatorio.

Citando al anterior autor, no creemos que fuera consciente del impacto de sus palabras, en relación a la proyección de los derechos fundamentales sobre todos los integrantes de la colectividad, afirma que "están obligados a respetar los derechos fundamentales de la persona en todas sus actuaciones, incluyendo, por lo que ahora interesa, la búsqueda y recogida de fuentes de prueba"¹⁹⁰. En relación a lo anterior, la conjunción entre búsqueda y recogida parece encaminada a establecer una especie finalidad de la actuación diferenciada y desconectada al dolo, la negligencia u error inexcusable del particular.

Más claro es González-Cuellar aseverando que "el efecto disuasorio de la interdicción es evidente: a nadie interesará infringir los derechos fundamentales con el fin de investigar o probar los hechos debido a la imposibilidad de obtener ventajas de esa actuación de cara a lograr posteriormente el convencimiento del tribunal"¹⁹¹.

Justifica esa nueva concepción jurisprudencial del fundamento de la regla de exclusión Rodríguez Acuña, a propósito del denominado "Caso Falciani", que abordaremos con posterioridad. Entiende la autora que, en "su enunciado habla de "pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales y las libertades públicas". Se obtiene lo que se pretende, se encuentra lo que inesperadamente se alcanza. La locución «obtener» encierra claramente un componente finalístico dirigido a desalentar a los individuos a

¹⁹⁰ *Ibidem*, p.109

¹⁹¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La prueba en el proceso administrativo*, Ed. Colex, Madrid, 1992, pp. 75 y 76.

cometer actuaciones ilegales en un exceso de celo investigador. La prohibición de valorar las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo para evitar los atajos del Estado o de particulares a su servicio, por el contrario, no persigue en ningún caso sobreproteger al delincuente"¹⁹².

Lo anterior se afirma sin considerar que el art. 11.1 LOPJ no se refiere a la jurisdicción penal, sino a todo tipo de procesos y que la concepción objetiva de los derechos fundamentales en nuestro sistema, tal y como hemos justificado, supone una eficacia tan expansiva como horizontal. Buena muestra de lo anterior es que la propia sentencia 114/1984 del Tribunal Constitucional, en la que se inspiró el precepto aludido, afirma de manera categórica que esa garantía deriva, pues, de la imposibilidad de valoración en el proceso de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales.

Tampoco podemos conciliar el significado finalístico que se pretende por la autora de la locución "obtener" a la vista del análisis terminológico que se ha expuesto con anterioridad. Qué decir al hecho de que, incluso un particular que no esté al servicio del Estado puede obtener la prueba violentando el derecho y su ineficacia estriba desde mismo momento de apoderamiento y no de la aportación al Estado o, si se quiere, al proceso.

¹⁹² RODRÍGUEZ ACUÑA, I., "Lista Falciani»: validez de la prueba de los documentos bancarios y ficheros contables obtenidos ilícitamente por el empleado de la institución financiera *HSBC Private Bank Suiza* (Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo 116/2017, de 23 de febrero)", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 46 (abril-junio), 2017, p. 1.

Miranda Estrampes no comparte esa interpretación, reconduciendo la cuestión a entender que lo importante es la vulneración¹⁹³. Por nuestra parte, objetamos a asumir como válido la interpretación finalística de obtener, y la fundamentamos, además, en la propia intervención parlamentaria del Sr. Granados Calero, pues hace referencia a las pruebas, "que han llegado a su poder (de las partes)", lo que implica, como ya hemos dicho, la desconexión de la necesaria finalidad en concreto.

Una referencia ilustrativa a esto último viene proporcionada por la STS (Sala Segunda) 569/2013, de 26 de junio, rec. 2135/2012, alusiva a que la esposa, quien sospechaba las infidelidades de su marido, accedió con llave al coche de éste donde obtuvo una serie de CD'S en que aquél aparecía manteniendo relaciones sexuales con su cuñada, siendo denunciado por la víctima por abusos sexuales por cuanto habría llevado a cabo tales actos sin su consentimiento, estando esta dormida y que habría grabado con su móvil. El acusado acabó absuelto por entender el alto tribunal que el material inculpatario descubierto, así como las declaraciones prestadas con posterioridad a ese hallazgo, no podían ser susceptibles de valoración.¹⁹⁴

¹⁹³ MIRANDA ESTRAMPES, M., "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, p. 56

¹⁹⁴ STS 569/2013, en relación al recurso planteado por el Ministerio Fiscal: "Por tanto, si la primera invasión no autorizada del marco propio de una cierta privacidad de aquél (el auto), llevó consigo alguna carga de ilegitimidad, la deliberada injerencia en un espacio (el contenido de los CDs o DVDs), éste sí, de sabida rigurosa intimidad, hizo que la actuación de Guillerma, dotada, al menos en principio, de las connotaciones antijurídicas que señala la Audiencia, fuera, en efecto, constitucionalmente ilegítima"

Por el contrario, el planteamiento defendido por Rodríguez-Acuña, parece refrendar el voto particular formulado en la STS (Sala Segunda) 569/2013, de 26 de junio, rec. 2135/2012¹⁹⁵:

“a) el diferente nivel de exigencia ante actuaciones vulnerantes, según provengan de agentes estatales o de particulares, dado que estos últimos no están bajo la sospecha y desconfianza proveniente de nuestro sistema liberal de protección del individuo frente al Estado, por lo que merecen situarse en un plano de inferior exigencia.

b) la prevalencia de lo que se hace pasar una especie de hallazgo casual -cuya concepción y alcance se analizará más adelante- ante su carácter no estrictamente intencional (en el sentido de no efectivamente dirigido a obtener la prueba de un delito), pese a que la esposa hubiese actuado con intención morbosa a partir de sus sospechas de infidelidad, lesionando de manera dolosa la intimidad del acusado”¹⁹⁶.

¹⁹⁵ RODRÍGUEZ ACUÑA, I., “Lista Falciani»: validez de la prueba de los documentos bancarios y ficheros contables obtenidos ilícitamente por el empleado de la institución financiera *HSBC Private Bank Suiza* (Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo 116/2017, de 23 de febrero)”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 46 (abril-Junio), 2017, p. 1: “no puede ocultarse que por tradición, por teleología, por ponderación de derechos fundamentales en tensión y por sus finalidades, el juego de esa norma, de máxima intensidad cuando la violación proviene de un agente estatal, consiente modulaciones en el caso de particulares (son frecuentes en el derecho comparado las regulaciones de esta materia que dejan al margen las actuaciones de particulares: U.S.A., Francia, Holanda, México, Bélgica con matices)”.

¹⁹⁶ Voto particular el excmo. Sr. Magistrado D. Antonio del Moral García: “Cuando se recogen las grabaciones en las que aparecieron las escenas e imágenes prueba del hipotético delito por el que se acusó, estaba ausente cualquier intención de acopiar pruebas con miras a un proceso judicial. Ni se buscaban ni se podía sospechar que iban a aparecer. La actuación venía impulsada por una morbosa curiosidad estimulada por un tercero con propósitos no esclarecidos, pero difícilmente catalogables como cristalinos; por el afán de fisgonear en el mundo íntimo de la persona con la que había

Como veremos, en la actualidad, el Sala Segunda del Tribunal Supremo ha flexibilizado su primigenia opinión y, en relación a los límites interpretativos, debemos hacer referencia a la brillante explicación resumida por Aranguren a los límites establecidos por Rojo¹⁹⁷, que son infranqueables:

"a) El primer límite es el de la claridad semántica de la norma. La interpretación teleológica de un precepto no puede conducir a un resultado que esté en abierta contradicción con su tenor literal. A falta de sólidas razones verificables intersubjetivamente, no es lícito presuponer que el legislador haya adoptado una solución legislativa contraria al sentido gramatical de sus palabras. Dicho de otra forma, la interpretación teleológica no puede conducir a la abrogación (*rectius*: derogación material) de la norma interpretada.

b) El otro límite es el de la objetividad del *telos* normativo. El principal escollo para interpretar una norma legal conforme a su supuesto «espíritu» y «finalidad» consiste precisamente en determinar cuál fue el propósito concreto perseguido por el legislador a la hora de promulgarla, evitando así el fenómeno de la «invención» ex post de la ratio. El «espíritu» y la «finalidad» tienen que deducirse objetivamente del precepto legal y de la ley en la que este se inserta"¹⁹⁸.

compartido convivencia y ante las nada inocentes insidias afeándole haber sido objeto de infidelidades. Ese trasfondo no autoriza, como bien se razona en la sentencia mayoritaria evocando anteriores pronunciamientos de esta Sala, a intromisión alguna en la intimidad ajena. Ni antes ni después de romperse los lazos matrimoniales o asimilables. Pero cuando con lo que se topa quien realiza tal conducta, sin esperarlo y sin poder intuirlo, es con la prueba de un presunto delito, la actuación escapa a las previsiones del art. 11.1 LOPJ”.

¹⁹⁷ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., “La calificación de los créditos concursales con garantía personal”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm.7, 2006, pp.517 y ss.

¹⁹⁸ MUÑOZ ARANGUREN, A., “La agonía de la regla de exclusión de la prueba ilícita. variaciones sobre un caso trágico. comentario de la sentencia del Tribunal Supremo”,

E. La irrupción del juicio de proporcionalidad.

Es palpable que pese a la aparente sencillez de comprensión del art. 11.1 LOPJ, su interpretación y aplicación ha sido de todo menos pacífica, sobre todo en lo que concierne a la orden jurisdiccional penal, donde se ido forzando el contenido, significado y extensión de dicha norma hasta límites inimaginables en los años ochenta.

El giro conceptual ha sido paulatino y ello se revela sin demasiado disimulo en la STS (Sala Segunda) 1203/2002, de 18 de julio, Rec. 3269/2000, situando la fundamentación (en su FJ 2) de la regla de exclusión se fundamenta en la necesidad de tutela de los derechos vulnerados solamente en relación al proceso y que efecto disuasorio es propio de la jurisdicción penal en los propios términos del sistema estadounidense al aseverar que "la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo tiene como finalidad otorgar, en el ámbito de los procesos jurisdiccionales, el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, en el ámbito específico del proceso penal, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal, lo que se ha denominado en el derecho anglosajón *deterrence effect*.

En cuanto al sistema adversarial, al que ya hemos hecho referencia, es propio del entorno anglo-americano y se describe como uno donde rige un principio acusatorio puro, se conceptúa como aquel donde hay dos bandos que se enfrentan en base a unas reglas reconocidas, actuando en todo caso el Juez

SALA 2ª, Núm. 891/2022, de 11 de noviembre, *Quaestio facti*. *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*. Sección: Iuris-prudentia., p. 317.

como un árbitro completamente independiente¹⁹⁹ y que debe contrastarse con el nuestro, descrito por los anlo-americanos como de tipo inquisitorial por la intervención judicial en la investigación²⁰⁰

En materia penal el *ius puniendi*²⁰¹, justifica una posible injerencia en los derechos fundamentales en la medida necesaria para la persecución de los

¹⁹⁹ KEANE E. y DAVIDSON F., *Riatt on Evidence: Principles, Policy and Practice*, W.Green, Thomson Reuters, Edinburgh, 3º Ed, 2018, p.1

²⁰⁰ Resulta interesante la facultad concedida en seno de plenario por el art. 729.2 LECRIM, y en relación con la misma el FJ 2 la STC 188/2000, de 10 de julio, indica: " Más concretamente, en relación con la cuestión que aquí nos ocupa, la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECrim, no puede considerarse per se lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECrim), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3 CE). Y ello sin perjuicio, claro está, de que no quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria ex officio iudicis prevista en el art. 729.2 LECrim, que pudiera llevar a desconocer las exigencias ínsitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto."

²⁰¹ Debemos destacar sobre el *ius puniendi* las reflexiones de GARCÍA AMADO, J. A., "Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites", Documentación Administrativa, núm. 280-281, 2008, p. 34: "Optamos, pues, por la segunda de aquellas alternativas, la de que, si queremos hablar de bien jurídico, tendremos que aceptar que será tal lo que libremente estimen los sujetos. Además, sólo así podemos dar cuenta de las continuas oscilaciones históricas de la protección penal de bienes. Hubo tiempos y lugares, por ejemplo, en que se castigaba la homosexualidad o el adulterio femenino; hoy, aquí, ya no es así. Pero, entonces, habremos de plantear cuál es ese sujeto de cuyo valorar y querer depende que algo se considere o no un bien jurídico-penal. Salvo que creamos en cosas tales como el gobierno de los sabios, de los sacerdotes de algún Más Allá, o de los señalados por el espíritu del pueblo para

delitos, lo que puede quedar amparada tanto por disposición constitucional²⁰², donde no conste la autorización ni la existencia de flagrante delito, puede quedar habilitada por autorización judicial mediante la correspondiente resolución, y así lo tiene ampliamente reconocido el Tribunal Constitucional²⁰³.

encarnar la suprema voluntad de la nación, no nos quedará más remedio que concluir que ese sujeto que valora y elige cuáles son los bienes cuyo atentado ha de acarrear pena somos todos. Aterrizamos de nuevo en la igual dignidad de los ciudadanos, en la soberanía popular y en su articulación a través del principio democrático, que permite formar mayorías que decidan los contenidos de la ley. Y volvemos, también en este punto, a encontrar su pleno sentido al principio de legalidad. Con resultados al menos en principio paradójicos, pues, en tanto hablemos de la ley de un Estado de Derecho democrático y que efectivamente funcione como tal, bien jurídico-penal será aquel que proteja la ley penal. No es que hayamos dado el salto a la perspectiva puramente formalista y que nos conformemos con mantener que algo es un bien jurídico porque está jurídicamente protegido, sino que seguimos en el plano filosófico-político y decimos dos cosas: que (en democracia) la ley penal protege como bienes lo que la sociedad, a través del cauce del debate y de la decisión mayoritaria, entiende por tales, y que lo que la sociedad, de esa forma, entienda por tales debe estar salvaguardado por la ley penal. Puede sonar a relativismo, pero no será ése un defecto más preocupante que el aire de absolutismo que impregna las opciones contrarias, trátese de creer que hay entre los ciudadanos algunos especialmente cualificados para establecer la máxima moral y legitimados para imponerla como ley al conjunto, o trátese de pensar que la verdad moral existe por sí y que algunos sujetos son sus celosos guardianes y quienes tienen legitimidad para hacerla valer ante los otros por medio de la ley o para vetar los contenidos de la ley creada por los otros y que no se avengan con esas verdades morales objetivas. Elitismo inconstitucional tanto en un caso como en otro. Al fin y al cabo, en el Estado de Derecho hay que dejar sitio para la política, lo que es tanto como decir para el debate libre e informado entre las ideas de los ciudadanos sobre la mejor manera de organizar la “polis”.

²⁰² Véase por ejemplo la excepción referida ex art. 18.2 CE: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.”

²⁰³ SSTC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6 y 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6) “por lo que se refiere a la concurrencia de un fin constitucionalmente legítimo que puede permitir la injerencia en el derecho a la intimidad, este Tribunal ha venido sosteniendo que reviste esta naturaleza “el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal” En efecto, las SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 a) y 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9 entienden que”, “la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE”.

Así se explica que en el ámbito penal -cuyo proceso prima la obtención de la verdad material- el tratamiento y configuración de la regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ haya evolucionado, mitigándose aquella taxatividad inicial con lo que se denomina "excepciones a la regla", para que en determinadas condiciones la obtención ilícita de una prueba no afecte a su valor probatorio.

Entiende Armenta que "la doctrina sobre la prueba prohibida surge de la tensión entre el interés público en hacer prevalecer la verdad y el interés igualmente público en tutelar eficazmente los derechos fundamentales tensión resuelta por el artículo 11.1 LOPJ que hace ceder el primero a favor del segundo"²⁰⁴.

En contra de la regla de exclusión²⁰⁵, se han ido generando un catálogo de excepciones a la aplicabilidad del art. 11.1 LOPJ que se ha apoyado, quizá, con demasiada frecuencia en soluciones importadas del sistema estadounidense, donde fueron elaboradas desde un prisma alejado al constitucionalismo continental actual, pues pivota en torno a un sistema adversarial, amén de imperante. El caso, es que en el contexto europeo como veremos, se observa una progresiva inclinación, que hoy incide no solo en aspectos procesales como la conformidad²⁰⁶, sino también en los sustantivos,

²⁰⁴ ARMENTA DEU, T., "Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español", *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. IV: Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación*, Gómez Lara, Cipriano y Storme Marcel (Coords.), UNAM, México, p. 309.

²⁰⁵ Incluso la propia "regla de exclusión", posteriormente incardinada en la doctrina de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*), a la que no se refería expresamente la citada STC 114/1984.

²⁰⁶ La Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre, que reformó la Ley de Enjuiciamiento criminal (LECrim.), potenció el mecanismo de la conformidad, especialmente en el seno del procedimiento abreviado, a lo que se refiere explícitamente la Circular 1/89 de la Fiscalía General del Estado: "frente a las zonas de conflicto, propias de toda contienda entre partes, deben preverse zonas de consenso".

pues a tenor de la reforma del Código Penal²⁰⁷ -operada en 2015- los delitos leves son tributarios de sobreseimiento bajo premisas de insignificancia y falta de interés público²⁰⁸, y la persecución de algunos delitos (que no son de naturaleza privada²⁰⁹) se supedita a la exigencia de denuncia previa por parte del perjudicado, con lo que se avanza hacia un modelo cada vez más distanciado del tradicional principio de legalidad, siendo un buen ejemplo de ello el art. 50 de Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado²¹⁰ que regula su procedimiento, lo que supone la finalización de la causa por una sentencia condenatoria dictada sin la celebración del correspondiente juicio y con aproximación (o al menos con cierta inclinación difusa) al principio de disponibilidad del objeto penal por las

²⁰⁷ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Preámbulo: “La reforma se completa con una revisión de la regulación del juicio de faltas que contiene la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que continuará siendo aplicable a los delitos leves. (...) Para estos casos se introduce, con una orientación que es habitual en el Derecho comparado, un criterio de oportunidad que permitirá a los jueces, a petición del Ministerio Fiscal, valorada la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer estos procedimientos”.

²⁰⁸ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Disposición final 2.10 que confiere nueva redacción al art. 963 LECrim: “1. Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones: 1.ª Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.”

²⁰⁹ Las lesiones previstas en el art. 174 Código Penal se someten al régimen de denuncia previa: “4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

²¹⁰ En consonancia, los artículos 655 y ss., 778, 787, 789 y 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882, que también permiten la conformidad con el límite de seis años de pena prisión.

partes, lo que correlativamente incide en una clara afectación del principio de legalidad formalmente imperante, dentro del límite máximo de los seis años de pena privativa de libertad.

Explica Tapia, en relación al inclinación al principio de oportunidad, que “el *ius puniendi* Estatal puede estar disponible para las partes, en condiciones regladas, del ejercicio y modo de ejercicio de la acción penal con independencia de que se hubiese acreditado la existencia de un hecho de apariencia punible” (...) “la oportunidad, como sinónimo de “disponibilidad” de las partes en el proceso penal, ha venido ganando terreno a la necesidad del proceso penal y su residencialidad en manos del Estado (a través de sus órganos judiciales integrantes del Poder Judicial), el único que posee del *ius puniendi*, o lo que es lo mismo el poder de actuación del Derecho Penal”²¹¹.

Precisamente es el principio de oportunidad lo que, en el sistema estadounidense, permite al Estado seleccionar cuáles son los comportamientos delictivos a perseguir, pero como contrapeso lógico a esa discrecionalidad se le exige un respeto escrupuloso a las garantías, por lo que allí su Corte Suprema ha determinado como fundamento de la regla de exclusión la eficaz generación de un efecto disuasorio (*deterrence effect*)²¹², llamado a desalentar actuaciones

²¹¹ TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Hacia un sistema dispositivo o no necesario de enjuiciamiento criminal”, *Revista Misser* (nº 106), julio-septiembre, 2015, pp. 50-52.

²¹² MIRANDA ESTRAMPES, *op. cit.*, p.134: “la Corte Suprema Federal norteamericana estableció que su verdadero y único fundamento era disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (el conocido como *deterrent effect*). Este efecto disuasorio aparece consagrado en las sentencias de los casos US vs. Calandra (414 US 338, 1974) y US vs. Janis (428 US 433, 1976). (...) En definitiva, en sus inicios la regla de exclusión se configuró como una garantía procesal de origen constitucional incardinada en el contenido nuclear del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). No obstante, el Tribunal Constitucional español se ha desmarcado en resoluciones posteriores de esta inicial línea argumentativa y, aún sin llegar a un modelo de desconstitucionalización plena de la regla de exclusión, ha ido introduciendo en su discurso argumental referencias a las necesidades de disuasión limitando su ámbito de

policiales deliberada o negligentemente ilícitas, que resulta obviamente estéril frente a una obtención no maliciosa de la prueba.

Pero en nuestro sistema la regla de exclusión todavía tampoco tiene por fundamento aquel principio de oportunidad en auge²¹³, ni tampoco inviste al Ministerio Fiscal de exclusividad en ejercicio de la acusación, sino la incompatibilidad de la prueba ilícita con la indemnidad y resistencia frente a los actos violatorios de los derechos fundamentales garantizados por la CE²¹⁴, y por ello la llamada regla de exclusión tiene el carácter general obediente a la invalidez -como consecuencia natural- de cualquier prueba ilícitamente obtenida o hallada; mientras que sus “excepciones” contemplan supuestos inusuales en que, pese a la presencia de lesión objetiva en algún derecho fundamental, sin

aplicación mediante el reconocimiento de excepciones inspiradas en gran medida en la jurisprudencia norteamericana”.

²¹³ En este sentido es interesante citar a VARONA, D.; KEMP, S. y BENÍTEZ, O., “La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad”, *Indret* 1, 2022 p. 312: “Si bien la conformidad se creó como un mecanismo excepcional y, en principio, beneficioso para las partes, la doctrina ha señalado su transformación hacia un instrumento habitual de resolución de los procesos en el que se acaba forzando la conformidad, especialmente en Estados Unidos, dónde la doctrina muestra que el *plea bargaining* representa sobre el total de sentencias condenatorias el 97% de los casos en tribunales estatales y el 90% en tribunales federales. El éxito en su utilización y sus beneficios para la Administración de Justicia provocaron su expansión a más de 60 países, especialmente a partir de los años 70, mediante mecanismos muy similares para ajustarse a la legislación de cada país”. En el caso de España, según los datos de los que disponemos, la conformidad premiada representa un 72% del total de las diligencias urgentes, mientras que la conformidad ordinaria representa un 48% respecto del total de sentencias. En concreto, en relación con las sentencias condenatorias, un 63% en Juzgados de lo Penal y un 55% en Audiencias Provinciales lo fueron por conformidad. En la Memoria del Ministerio Fiscal (2020), se insiste en la necesidad de potenciar la aplicación de las conformidades y de hacerlo en los primeros momentos procesales para obtener los máximos beneficios posibles”.

²¹⁴ STC 49/1999 (FJ 12): “en definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos”.

embargo no concurre vicio invalidante para la valoración de la prueba directa o refleja.

Al hilo de lo anterior, tal como hemos advertido, también afirma Díez Picazo que, a diferencia de nuestro sistema, el estadounidense rechaza de plano la denominada eficacia horizontal de los derechos fundamentales por directa aplicabilidad constitucional sino por su extensión legislativa en las leyes denominadas *Civil Rights Act*.²¹⁵

Por lo tanto, la excepción queda supeditada a la superación de una aproximación casuística cuya asimilación se complica, como veremos, por la denominada teoría de la "conexión de la antijuricidad" de las pruebas reflejas. con que dirimir la prevalencia entre valores, principios, derechos, o intereses en conflicto (especialmente de dimensión constitucional), mediante tres elementos de diferenciación no siempre fácil, por tratarse de elementos interpretativos tan difusos como dinámicos:

- idoneidad (razonabilidad o adecuación, para alcanzar el fin perseguido),
- necesidad (ausencia de alternativas menos comprometedoras), y
- proporcionalidad en sentido estricto (ponderación entre el nivel o la intensidad de la injerencia, y el grado de sacrificio a que somete) ²¹⁶.

²¹⁵ DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 145.

²¹⁶ Coinciden MUÑOZ ARANGUREN, *op. cit.*, p. 309: "No es difícil atisbar en esta construcción dogmática una estructura ponderativa o, dicho de forma más rigurosa, un desarrollo aplicativo del principio de proporcionalidad, con sus subprincipios característicos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto" y TERRASSA ORTUÑO, F. J., "Prueba penal ilícita: fundamento de la regla de exclusión y sus excepciones", *Revista Jurídica de las Islas Baleares*, núm. 17, 2019, Coed. Institut

De formulación inicialmente penal²¹⁷, la proporcionalidad, es decir la superación del juicio de proporcionalidad, constituye una premisa de la doctrina constitucional que también supedita la posibilidad de injerencia en algún derecho fundamental para la persecución de los delitos, con sujeción a los requisitos que recuerda y resume la STC 207/1996, de 16 de diciembre²¹⁸: “que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucional legítimo”.

Pero lo cierto es que el juicio de proporcionalidad, que ha sido incorporado por la doctrina constitucionalista para solventar la colisión entre derechos fundamentales y libertades públicas o su intervención sobre los mismos²¹⁹ no puede operar en el plano del art. 11.1 LOPJ -en la disyuntiva entre la elección de la garantía objetiva y a los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso- pues se ha determinado la existencia de una preponderancia (o incluso subsunción)²²⁰ que efectivamente ha entrado en crisis

d'estudis Autònomic y Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears, 2019, p.16.

²¹⁷ CESARE BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 25: “No solo es interés común que no se comenten delitos, sino que sean menos frecuentes en proporción al mal que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas”.

²¹⁸ STC 207/1996, de 16 de diciembre: “En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

²¹⁹ Se refiere a ello DÍEZ PICAZO. *op. cit.* p. 47 y 111-ss.

²²⁰ Debemos recordar la STC 114/1984, FJ4: “una encrucijada de intereses debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía —por

por la equiparación valorativa - a través de la proporcionalidad- del *ius puniendi* frente a las efectivas y reconocidas violentaciones de los derechos y libertades públicas.

Efectivamente el juicio de proporcionalidad resulta útil para la determinación del grado de lesión o vulneración del derecho fundamental y libertad pública así como otros elementos que afecten al modo de transgredirlos pero, en caso de verificarse la efectiva afectación del núcleo duro de tales derechos y libertades opera la preponderancia de la ineficacia de su valor probatorio. Siguiendo con esa idea, no podemos olvidar la necesidad de que, ante la indeterminación de algunos supuestos, debe regir una presunción favorable (que nosotros denominamos “de preponderancia) a la protección del derecho fundamental en relación al correspondiente valor constitucionalmente proclamado, criterio indicado por Díez Picazo²²¹ para los supuestos de restricción.

Así pues, a partir de la denominada teoría de la conexión de la antijuricidad -en relación con la prueba refleja- se ha ido constatando la necesidad de ir incorporando el juicio de proporcionalidad a la hora de determinar la aplicabilidad o no de la regla de exclusión regulada en el art. 11.1 LOPJ, todo ello en base a la absorción de sistemas de derecho comparado, sobre todo el

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 que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso".

²²¹ DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 107.

estadounidense, donde no existe una regla comparativamente asimilable a lo que nuestro legislador quiso regular.

Por otro lado, encontramos ejemplos de aplicación del juicio de ponderación respecto de prohibición valorativa de la prueba ilícita al caso concreto en Alemania (y también Suiza), destacando que su regulación, respecto de métodos prohibidos de obtención de prueba, se realiza en los código procesal penal²²².

Así pues, al margen de las distintas prohibiciones probatorias recogidas en su código procesal penal, en Alemania no existe una norma que regule la regla de exclusión sino, por el contrario, hay preceptos en sus leyes procesales que prohíben determinados comportamientos para la obtención de la prueba²²³, sustentándose la regla de exclusión en los artículos de su Ley Fundamental (*Grundgesetz*)²²⁴ que establecen la inviolabilidad de la dignidad del hombre (art.1) y su libre desarrollo de la personalidad (art. 2) y efectuando el oportuno juicio de ponderación al caso concreto.

²²² Por ejemplo, el Código de Enjuiciamiento Alemán (Stafprozessordnung- StPO), en su sección 136a), dispone: “Métodos de examen prohibidos; evidencia prohibida. (1) La libertad del acusado para formar y expresar su voluntad no puede verse menoscabada por malos tratos, fatiga inducida, intervención física en el cuerpo, administración de drogas, tortura, mediante engaño o hipnosis. La coerción sólo podrá utilizarse en la medida en que lo permita la legislación procesal penal. Están prohibidos amenazar al acusado con medidas no permitidas por las disposiciones del derecho procesal penal y ofrecerle la posibilidad de obtener una ventaja no prevista por la ley.

(2) No se permiten medidas que afecten la memoria del acusado o su capacidad para comprender la ilicitud de un acto.

(3) Las prohibiciones previstas en los apartados (1) y (2) se aplican independientemente del consentimiento del acusado. Las declaraciones obtenidas infringiendo esta prohibición no podrán utilizarse, incluso si el acusado consiente en su uso.

²²⁴ En español: URL: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>, fecha de consulta: 7 de septiembre de 2024.

En cuanto al método empleado, reconoce Ambos²²⁵ que no existe consenso, habiéndose acudido por la jurisprudencia a: a) la teoría del ámbito o círculo de derechos (*Rechtskreisstheorie*), que distinguía si la afección era de primer orden o segundo orden pero que no obedecía a dar una respuesta al derecho del acusado a tener un -en su totalidad- a un proceso legal y justo, insuficientemente ligada a la prohibición de utilización probatoria; b) la teoría del fin de protección de la norma (*Schutzzwecklehre*) que solo permitía ponderar los intereses estatales de persecución penal y de averiguación material de la verdad frente a los intereses individuales del ciudadano; c) y finalmente teoría de ponderación (*Abwägungslehre*), que inserta a la teoría del fin de protección, la necesidad de introducir en la ecuación la gravedad del hecho imputado y el peso de la infracción procesal.

En contraposición a aquellos sistemas, podemos también hacer referencia a la Constitución Griega²²⁶, que en su art. 9.3, prohíbe el uso de pruebas obtenidas a través de la vulneración de su domicilio o vida privada (art. 9.1), la protección de sus datos personales (art. 9.1) así como del secreto de cartas y comunicaciones (art.19.1). Además, Código Procesal Penal Griego, en su art. 177.2, prohíbe la valoración de cualquier prueba obtenida a través de un delito, con la excepción de que la misma sea utilizada en favor del acusado.

²²⁵ AMBOS KAI, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso alemán, en Prueba y Proceso Penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y el derecho comparado*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2008, pp. 342 y ss.

²²⁶ URL: https://www.constituteproject.org/constitution/Greece_2008?lang=es, fecha de consulta: 2 de septiembre de 2024.

El hecho de que el TEDH, desde su sentencia 10862/1988, de 25 de febrero, (Caso *Schenk v. Suiza*²²⁷) reconduzca la cuestión de la regla de exclusión a una valoración de un proceso equitativo su conjunto (art. 6 CEDH), a excepción de los supuestos de tortura (art. 3 CEDH) o vulneración del derecho a no auto-incriminarse (6.1 CEDH) es buena muestra de la problemática a la que nos enfrentamos.

a. Breve referencia a los problemas procesales de la aplicación del art.

11.1 LOPJ

Pese a la aparente sencillez conceptual que aparenta el art. 11.1 LOPJ, debemos remarcar que el legislador, a excepción de lo dispuesto en el art. 287 LEC, no ha venido a regular un incidente específico de valoración y expulsión (o mantenimiento) de la prueba que se considere ilícita.

La prohibición valorativa de la prueba ilícita no encaja bien con el sistema de nulidades procesales -donde se permite tanto la subsanación como retroacción de las actuaciones- y al respecto Asencio Mellado asevera que “ni siquiera procedimentalmente puede sostenerse que la prueba ilícita solo sea susceptible de denunciarse por los reducidos medios a través de los cuales se denuncia la nulidad, porque, si bien es cierto que puede hacerse, ello no significa que lo pueda ser mediante actos diferentes y, sobre todo, que el legislador no deba actuar con diligencia y establecerlos con carácter autónomo. Equiparar nulidad y prueba ilícita sometiendo a esta última siempre a los procedimientos y

²²⁷ URL:

<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-164753%26filename%3DCASE%2520OF%2520SCHENK%2520v.%2520SWITZERLAND%2520-%2520%255BSpanish%2520Translation%255D%2520summary%2520by%2520the%2520Spanish%2520Cortes%2520Generales.pdf%26logEvent%3DFalse&ved=2ahUKEwja6cPhruOKAxVRVqQEHeveLY4QFnoECCAQAQ&usg=AOvVaw3BhOGVBUYxZjkqGmRUyFUF>, fecha de consulta 10 de mayo de 2024.

la preclusión de la primera, constituye un error que ni siquiera el silencio legal autoriza a cometer, pues se trata de conceptos diametralmente diferentes”²²⁸.

Así pues, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, estableció en su art. 287 la carga de proceder a la inmediata denuncia de la ilicitud de la prueba admitida, a no ser que fuera apreciada por el tribunal de oficio, efectuándose un incidente con proposición y práctica de prueba sobre esa ilicitud- durante la fase del juicio o vista (en los verbales) que debe ser resuelto antes de la práctica probatoria.

En el ámbito penal, y a pesar de la regulación de las denominadas cuestiones previas²²⁹, en multitud de ocasiones la cuestión se dirime en sentencia. En relación al momento procesal oportuno para que operase el art. 11.1 LOPJ, merece la pena destacar el intenso debate doctrinal que se desarrolló con varias publicaciones cruzadas²³⁰, del que se puede deducir que Gimeno Sendra entendía que la regla de exclusión operaba en el marco del plenario “la función del Juez de instrucción no consiste en valorar pruebas, ni en expulsar de su investigación las «ilícitas» y todas las que se deriven de ellas, sino en investigar y recabar la prueba del hecho punible y la responsabilidad de su autor (art. 299 LECrim.) y, si no existieran indicios racionales de criminalidad, habrá de dictar un auto de sobreseimiento. Lo que ningún precepto de la LECrim. le autoriza es a declarar nulidades derivadas de una supuesta prueba ilícita. De ser

²²⁸ ASECIO MELLADO, J. M^a., “La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita”... *op. cit.*, p. 38

²²⁹ Art. 31.1 b) LOTJ y 786.2 LECRIM

²³⁰ ASECIO MELLADO, “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales” *op. cit.*, p. 1. Consúltense también: GIMENO SENDRA, J. V., “La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción: contestación a la réplica del Prof. ASECIO”, *Diario La Ley*, núm.8028, 2013, p. 1.

así, se le otorgaría al Juez de Instrucción un poder omnímodo, que sustraería la legítima competencia del órgano de enjuiciamiento sobre la valoración de la prueba”.

Pero la problemática, nuevamente, pivota sobre la realidad de que el órgano instructor queda irremediabilmente vinculado al respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, a procurar un proceso justo con todas las garantías y a no recepcionar material probatorio que es ineficaz, por cuanto el mismo es efectivamente valorado en la fase investigadora.

F. LAS DENOMINADAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN

a. La excepción de la buena fe

Pese a que el tenor literal del art. 11.1 LOPJ parece que no admite de excepciones, la doctrina se refiere a la STC 22/2003 como la primera en tratar la denominada doctrina de la buena fe. Tal resolución claramente se inspiró en el supuesto de excepción a la regla de exclusión cuando el Estado o sus agentes actúan de buena fe, por lo que la inmisión en el derecho fundamental se permite por no entender que ello alentase a que el Estado (*deterrence effect a sensu contrario*) vulnere derechos fundamentales por haberse demostrado que su actuación no era “maliciosa”.

La doctrina de la buena fe es de origen estadounidense y su fundamento ha sido históricamente arropado por reiteradas mayorías que han ido conformándose en la Corte Suprema Estadounidense, la cual ya ha sido explicada en *Herring v. US* (2009), y sin perder de vista la visión alternativa del *due process*, se ha construido una doctrina de excepción a la aplicación de la regla de exclusión denominada *the good faith doctrine* (la doctrina de la buena fe), la cual es definida como una excepción a la denominada “*exclusionary rule*”

cuando lo cierto es que afecta al propio fundamento o razón de ser de la propia regla de exclusión si partimos de la visión de su fundamentación en el futuro efecto disuasorio efectivo. La doctrina a la que nos referimos, íntimamente ligada al fundamento esencial de la regla de exclusión, se construyó por la Corte Suprema Estadounidense en el caso *Michigan v. De Filippo*, 443 U.S. 31 (1979)²³¹ que concluyó:

a) En virtud de las Enmiendas Cuarta y Decimocuarta, un agente que realiza el arresto puede, sin una orden judicial, registrar a una persona que ha sido arrestada válidamente. El hecho de un arresto legal, por sí solo, autoriza un registro.

b) La Constitución permite que un agente arreste a un sospechoso sin una orden judicial si existe causa probable para creer que el sospechoso ha cometido o está cometiendo un delito. En este caso, el agente que realizó el arresto tenía abundante causa probable para creer que la conducta del demandado violaba la ordenanza: la presencia del demandado con una mujer en las circunstancias descritas claramente era "una conducta que ameritaba una investigación más profunda" en virtud de la ordenanza, y las respuestas del demandado a la solicitud de identificación constituyeron una negativa a identificarse como lo exigía la ordenanza.

c) En estas circunstancias, el agente que realizó el arresto no carecía de causa probable simplemente porque debería haber sabido que la ordenanza era inválida y que sería declarada

²³¹ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/443/31/>, fecha de consulta: 4 de abril de 2024.

judicialmente inconstitucional. Un oficial prudente, al determinar si el demandado había cometido un delito en tales circunstancias, no debería haber estado obligado a prever que un tribunal más tarde declarararía inconstitucional la ordenanza.

d) Dado que el arresto en virtud de la ordenanza presuntamente válida era válido, el registro que siguió fue válido porque fue incidental a ese arresto.

Posteriormente, en *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984)²³² se fundamentó en que, en casos donde los investigadores operan de buena fe la aplicación de la norma de exclusión no tiene razón de ser por cuanto el efecto disuasorio no tiene virtualidad aplicativa. La sentencia, dictada por mayoría de 6 a 3, estableció los siguientes puntos de la doctrina:

a) La regla de exclusión de la Cuarta Enmienda no debe aplicarse de modo que prohíba el uso por la fiscalía de pruebas obtenidas por agentes que actuaron con confianza razonable en una orden de registro emitida por un magistrado independiente y neutral pero que finalmente se consideró inválida.

b) La cuestión de si la sanción de exclusión se impone apropiadamente en un caso particular como un remedio creado judicialmente para salvaguardar los derechos de la Cuarta Enmienda a través de su efecto disuasorio, y debe resolverse sopesando los costes y beneficios. La aplicación indiscriminada de la regla de exclusión (que impide la función de investigación de la verdad del sistema de justicia penal

²³² URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/>, fecha de consulta: 12 de abril de 2024. En idéntico sentido, *Massachusetts v. Sheppard*, 468 U.S. 981 (1984): URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/981/>, fecha de consulta: 10 de mayo de 2024.

y permite que algunos acusados culpables queden en libertad) bien puede generar falta de respeto por la ley y la administración de justicia.

c) La aplicación de la regla de exclusión debe operar cuando una violación de la Cuarta Enmienda ha sido sustancial y deliberada, pero el enfoque de equilibrio ha evolucionado para determinar si la regla debe aplicarse en una variedad de contextos -incluidos los juicios penales- sugiere que la regla debe modificarse para permitir la introducción de evidencia obtenida por oficiales que confían razonablemente en una orden emitida por un magistrado imparcial y neutral.

d) La deferencia que se otorga a la determinación de un magistrado de que existe causa probable para expedir una orden judicial no impide que se investigue la falsedad consciente o imprudente de la declaración jurada en que se basó esa determinación, y los tribunales también deben insistir en que el magistrado pretenda desempeñar su función neutral e imparcial y no servir simplemente como un sello de aprobación para la policía. Además, los tribunales de revisión no se inclinarán por una orden judicial basada en una declaración jurada que no proporcione al magistrado una base sustancial para determinar la existencia de causa probable. Sin embargo, la regla de exclusión está diseñada para disuadir la mala conducta policial, en lugar de castigar los errores de los jueces y magistrados. Admitir pruebas obtenidas de conformidad con una orden judicial y al mismo tiempo declarar que la orden era de alguna manera defectuosa no reducirá los incentivos profesionales de los funcionarios judiciales para cumplir con la Cuarta Enmienda, ni los alentará a repetir sus errores, ni conducirá a la concesión de todas las solicitudes de orden judicial que sean verosímiles.

e) Incluso suponiendo que la regla de exclusión disuade efectivamente a la policía de algunas faltas de conducta y proporcione

incentivos para que la profesión policial en su conjunto se comporte de acuerdo con la Cuarta Enmienda, no se puede esperar, y no se debe aplicar, que disuada una actividad policial objetivamente razonable. En el caso ordinario, no se puede esperar que un oficial cuestione la determinación de causa probable del magistrado o su juicio de que la forma de la orden es técnicamente suficiente. Una vez que se emite la orden, literalmente no hay nada más que el policía pueda hacer para tratar de cumplir con la ley, y penalizar al oficial por el error del magistrado, en lugar de por el suyo propio, no puede contribuir lógicamente a la disuasión de las violaciones de la Cuarta Enmienda.

f) La confianza de un agente de policía en la determinación de causa probable del magistrado y en la suficiencia técnica de la orden que emite debe ser objetivamente razonable. La supresión sigue siendo un remedio adecuado si el magistrado o juez al emitir una orden fue engañado por información contenida en una declaración jurada que el declarante sabía que era falsa o habría sabido que era falsa de no ser por su temerario desprecio por la verdad, o si el magistrado que la emitió abandonó por completo su papel judicial imparcial y neutral. Un agente tampoco manifestaría buena fe objetiva al confiar en una orden basada en una declaración jurada que carece de indicios de causa probable hasta el punto de que la creencia oficial en su existencia es totalmente irrazonable. Por último, dependiendo de las circunstancias del caso particular, una orden puede ser tan deficiente en apariencia (es decir, que no especifique el lugar que se va a registrar o las cosas que se van a incautar) que los agentes ejecutores no pueden presumir razonablemente que es válida.

La doctrina de la excepción de la buena fe viene a debilitar la necesidad de efectiva existencia de una causa probable para la inmisión en el derecho constitucionalmente protegido desplazando la relevancia a la actuación del investigador, más concretamente en la actuación policial, que separa de la judicial, situándose lo anterior como piedra angular del sistema estadounidense

por las sucesivas mayorías de la Corte Suprema Estadounidense que, en el mismo sentido que *Herring v. US* (2009), en *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 (1995), -sentencia a la que ya se ha hecho alusión con anterioridad- revocó la sentencia de la Corte Suprema de dicho Estado (Arizona), que había optado por apreciar la regla de exclusión.

En *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 (1995)²³³ los hechos fueron que un agente de policía vio al sr. Evans conduciendo en sentido contrario en una calle de un solo sentido frente a una comisaría y acto seguido lo detuvo y solicitó su licencia de conducir. El sr. Evans manifestó al agente que no tenía licencia porque se la habían suspendido, por lo que regresó a su coche de policía para introducir el nombre del sr. Evans en una terminal de datos de ordenador, donde apareció que había una orden de arresto contra el sr. Evans por no haberse presentado ante el tribunal por infracciones de tráfico. Con la orden en mano, el agente regresó al coche de Evans y lo arrestó. Mientras lo esposaban, Evans dejó caer un cigarrillo liado a mano que olía a marihuana. Como consecuencia de lo anterior, la policía registró el coche de Evans y encontró una bolsa entera de marihuana debajo del asiento del pasajero. Frente a ello, el Estado de Arizona acusó a Evans de posesión ilegal de marihuana. Sin embargo, lo cierto es que el secretario del tribunal olvidó llamar a la oficina del alguacil para pedirle que borrara la orden de arresto de su sistema informático, por cuanto el sr. Evans ya compareció ante el tribunal. En definitiva, sin el arresto, la policía nunca habría encontrado la marihuana del sr. Evans.

La Corte Suprema Estadounidense, en una mayoría de 7 a 2, revocó la decisión de la Corte Suprema de Arizona al entender que debe prosperar la

²³³ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/1/>, fecha de consulta: 30 de marzo de 2024.

doctrina de la buena fe porque la información errónea se debió a errores administrativos de los empleados del tribunal y que la regla de exclusión es un recurso creado judicialmente diseñado para proteger contra futuras violaciones de los derechos de la Cuarta Enmienda mediante su efecto disuasorio. Frente a ello, el Juez Stevens, quien abogaba por una concepción más adecuada de la norma a la realidad social, entendió que no hay nada "extremo" en la conclusión de la Corte Suprema de Arizona de que no se debe permitir que el Estado se beneficie de su mala conducta negligente.

A priori, la razonabilidad parece descansar en la propia creencia subjetiva del agente, aunque con posterioridad se demuestre que tal razonabilidad no existía, cuestión que llega a desplazar la exigencia de una real razonabilidad previa para la inmisión en los derechos constitucionales. Lo anterior fue reconocido por el disenso del juez Stevens en *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984)²³⁴ quien manifestó que la Corte Suprema Estadounidense parte del supuesto de que los registros en estos casos violaron la Cuarta Enmienda, pero se niega a aplicar la regla de exclusión porque concluye que era "razonable" que la policía los llevara a cabo. Un registro e incautación oficiales no pueden ser "irrazonables" y "razonables" al mismo tiempo. El vicio doctrinal de la decisión del Tribunal es que no considera los propósitos separados de las dos cláusulas prohibitivas de la Cuarta Enmienda. La primera cláusula prohíbe los registros e incautaciones irrazonables, y la segunda prohíbe la emisión de órdenes judiciales que no estén respaldadas por una causa probable o que no describan en particular el lugar que se va a registrar y las personas o cosas que se van a incautar. Por supuesto, hemos sostenido en repetidas ocasiones que los registros sin orden judicial son presuntamente irrazonables, y que sólo hay unas pocas excepciones cuidadosamente delineadas a esa presunción básica.

²³⁴ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/>, fecha de consulta: 12 de abril de 2024.

Seguidamente a *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984)²³⁵ vino *Illinois v. Krull*, 480 U.S. 340 (1987)²³⁶, que decidió por no aplicar la regla exclusión bajo la cobertura del concepto de *reasonable reliance* (confianza razonable) en un supuesto donde la norma bajo la que se parapetó la actuación policial resultó ser tildada, con posterioridad, de inconstitucional. La resolución establece las pautas de la doctrina, que son las siguientes:

"(a) La aplicación de la regla de exclusión en estas circunstancias tendría poco efecto disuasorio sobre la mala conducta futura de la policía, que es el propósito básico de la regla. Los agentes que realizan tales registros simplemente cumplen con su responsabilidad de hacer cumplir la ley tal como está escrita. Si una ley no es claramente inconstitucional, no se puede esperar que los agentes cuestionen el juicio de la legislatura que aprobó la ley.

(b) La aplicación de la regla de exclusión no puede justificarse sobre la base de disuadir la mala conducta legislativa. La policía, no los legisladores, son el centro de la regla. Además, no hay evidencia que sugiera que las legislaturas estén inclinadas a ignorar o subvertir la Cuarta Enmienda. Tampoco hay indicios de que la exclusión de pruebas incautadas de conformidad con una ley posteriormente declarada inconstitucional tendría un efecto disuasorio significativo sobre la promulgación de leyes similares. Los legisladores promulgan leyes con amplios propósitos programáticos, no con el propósito de obtener

²³⁵ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/>, fecha de consulta: 12 de abril de 2024.

²³⁶ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/340/>, fecha de consulta: 12 de abril de 2024.

pruebas en casos particulares. El mayor factor disuasorio para las promulgaciones inconstitucionales es el poder de los tribunales para invalidar dichas leyes. Incluso si la regla de exclusión proporcionara algún efecto disuasorio adicional, su beneficio se vería superado por los costos sociales sustanciales que impone la regla.

(c) La afirmación de que la aplicación de la regla de exclusión es necesaria porque un gran número de personas se ven afectadas por una ley de registro administrativo sin orden judicial no es convincente. Aunque el número de personas afectadas puede tenerse en cuenta al sopesar los costos y beneficios de aplicar la regla, el hecho de que muchas se vean afectadas no requerirá la aplicación de la regla si dicha aplicación no tiene un efecto disuasorio significativo.

(d) La afirmación de que la excepción a la regla de exclusión reconocida aquí desalentará a los acusados penales de presentar reclamos meritorios en virtud de la Cuarta Enmienda tampoco es convincente. Los acusados siempre podrán argumentar en una moción de supresión que la confianza del oficial en la ley de registro administrativo sin orden judicial no fue objetivamente razonable y, por lo tanto, no fue de buena fe. Además, las personas amparadas por una ley pueden presentar una acción para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la ley y una orden judicial que impida su aplicación.

(e) En virtud de la excepción a la regla de exclusión reconocida aquí, una ley no puede sustentar una confianza objetivamente razonable si, al aprobarla, la legislatura abandonó por completo su responsabilidad de promulgar leyes constitucionales, o si las disposiciones de la ley son tales que un agente de la ley razonable debería haber sabido que la ley era inconstitucional.

Todo lo anterior conduce a la necesidad de revisar el término de buena fe y según Richard M. Re²³⁷, esta área del derecho debería ser considerada en realidad como un conjunto de excepciones para la denominada "*reasonable reliance*" (confianza razonable), cuestión depurada por la conclusión de Banketa²³⁸ de que las interpretaciones de razonabilidad han migrado desde cuestiones de derechos sustantivos de la Cuarta Enmienda (si el registro y la incautación fueron razonables según los estándares constitucionales) a una cuestión adicional separada de remedio (si la violación fue lo suficientemente razonable como para impedir la aplicación de la regla de exclusión en el juicio). Como colofón, sostiene acertadamente Richard M. Re²³⁹ que cuando una condena se basa en pruebas obtenidas mediante una búsqueda razonable, la condena constituye una privación de libertad constitucionalmente permisible.

En definitiva, es discutible (o al menos no se puede afirmar con rotundidad) que estamos ante una verdadera excepción²⁴⁰ a la aplicación de la regla de exclusión, sino que la doctrina de la buena fe opera como un instrumento de guía para determinar e integración del concepto valorable (en el juicio de ponderación) de razonabilidad y causa probable de la Cuarta Enmienda en relación al efecto disuasorio perseguido para poder fundamentar la propia operancia, desde su ideación al caso concreto, de la regla de exclusión.

Forma parte de su aplicabilidad, y en todo caso, de determinar que hubo razonabilidad y causa probable en relación al efecto disuasorio pretendido, y la

²³⁷ RICHARD, *op. cit.*, p. 1943.

²³⁸ BANTEKA, N., "Police Ignorance and (Un)Reasonable Fourth Amendment Exclusion", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 75 (marzo), núm.2, 2022, pp. 365 y ss.

²³⁹ RICHARD, *op. cit.*, p. 1943.

²⁴⁰ En contra: MIRANDA ESTRAMPES, *op. cit.*, pp. 134 y 136 Se trata de una verdadera excepción a la aplicación directa de la propia regla de exclusión.

idea de que la regla de exclusión no opera como un automatismo²⁴¹ se desliza en *Illinois v. Krull*, 480 U.S. 340 (1987) ^{se} entiende que al determinar si se debe aplicar la regla de exclusión, un tribunal debe examinar, primordialmente, si dicha aplicación promoverá el objetivo disuasorio de la regla.

Aquí yace, sin duda, la problemática en relación a una importación de reglas operantes en un sistema que no es el nuestro, ya que se trata como excepción algo que verdaderamente no lo es.

Como ya se ha expuesto con anterioridad, esta doctrina de no aplicabilidad de la regla de exclusión surgió de caso *Michigan v. De Filippo*, 443 US 31, 1979 y fue consolidada en *Leon vs. US* (468 US 897, 1984), donde, en esta última, la policía efectuó un registro domiciliario basado en un mandamiento judicial que creía válido, aunque posteriormente un Tribunal superior concluyó que se había violado la Cuarta Enmienda pues había sido emitido sin concurrir causa probable. No obstante, se permitió la presentación de tales pruebas obtenidas con ocasión del registro por estimar que la policía había actuado de buena fe, en la creencia razonable de que su actuación estaba amparada en un mandamiento judicial legal, por lo que no podía predicarse en tal caso la justificación de una finalidad disuasoria en que amparara la exclusión de las pruebas obtenidas de aquella manera. Como se argumentó en dicha sentencia, cuando la policía actúa de buena fe, por la creencia de que su comportamiento se ajusta al ordenamiento jurídico y no viola derecho fundamental alguno, la exclusión de la prueba así obtenida carece de justificación, pues con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito (*deterrence effect*), de manera que la regla de exclusión carece, en estos casos, de la eficacia disuasoria que la justifica y dota de sentido.

En definitiva, las soluciones adoptadas por la Corte Suprema de Estados Unidos son coherentes con su propia sistemática, alejada de una concepción moderna de entender los derechos fundamentales como objetivos y en la que, además, el Estado tiene la potestad de decidir la persecución de los ilícitos y dirigir la investigación, pero su actuación debe quedar a salvaguarda de las garantías establecidas que deben ser controladas por el Juez, quien no dirige tal investigación. Así pues, las actuaciones del Estado que no entrañen la burla, fraude o relajación de las debidas garantías no podrán ser castigadas ni invalidadas en base al *deterrence effect* (efecto disuasorio).

Además, cabe recordar que su origen fue jurisprudencial, por cuanto la Cuarta Enmienda no establecía la consecuencia de exclusión de la prueba. A diferencia de ese sistema, nuestro Tribunal Constitucional reconoció que la prohibición de valoración de tales pruebas radicaba en el propio núcleo duro de los derechos fundamentales. Ello se debía conjugar en el marco del 10.1 CE y la posición superior de los derechos fundamentales en el ordenamiento que propiciaba la directa aplicabilidad de la prohibición de valoración.

Se suele afirmar que en España que se reconoció la aplicación de la doctrina de la excepción de la buena fe en la STC 22/2003. En la misma se aceptó la utilización como prueba el descubrimiento de un arma cortas hallada en un altillo, habiéndose producido un registro practicado por la policía sin el consentimiento del cotitular del dormitorio (que se encontraba detenido tras un flagrante delito de amenazas) y sin la correspondiente autorización judicial, por cuanto creyó suficiente el consentimiento prestado por la esposa (y también el hijo) del detenido. El Tribunal Constitucional entendió que:

“desde un plano puramente objetivo, el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la

Constitución. A partir de ese dato, cabe afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no solo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto. La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (vid. STC 49/1999, de 5 de abril [RTC 1999, 49], F. 5) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar.”

En relación a este caso, debemos hacer mención a la jurisprudencia de la Corte Suprema Estadounidense sobre supuestos similares. En primer lugar, para abordar la cuestión, nos debemos referir a *United States v. Matlock*, 415

U.S. 164 (1974)²⁴² donde se decidió que cuando fiscalía intenta justificar un registro sin orden judicial mediante la prueba del consentimiento voluntario, no se limita a la prueba de que el consentimiento fue dado por el acusado, sino que puede demostrar que el permiso para realizar el registro se obtuvo de un tercero que tenía autoridad común sobre u otra relación suficiente con las instalaciones o los efectos que se buscaban inspeccionar.

Con posterioridad, en *Illinois v. Rodríguez*, 497 U.S. 177 (1990) ²⁴³se entendió que una entrada sin orden judicial es válida cuando se basa en el consentimiento de un tercero que la policía, en el momento de la entrada, cree razonablemente que posee autoridad común sobre las instalaciones, pero que en realidad no la tiene.

Además, en *Georgia v. Randolph*, 547 U.S. 103 (2006)²⁴⁴, se reconoció que dio un paso adelante en la resolución de este asunto cuando sostuvo en *Minnesota v. Olson*, 495 U. S. 91²⁴⁵, que los huéspedes que pasan la noche en una casa tienen una expectativa legítima de privacidad en sus habitaciones temporales. Si esa expectativa habitual es la base de los derechos de un huésped en virtud de la Cuarta Enmienda, debería seguirse que un habitante de una vivienda compartida puede reclamar al menos lo mismo. De hecho, un cohabitante naturalmente tiene un derecho aún más fuerte. Ninguna persona sensata entraría en una vivienda compartida basándose en la invitación de un

²⁴² URL:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/415/164/>, fecha de consulta 13 de julio de 2024.

²⁴³URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/177/>, fecha de consulta 13 de julio de 2024.

²⁴⁴ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/547/103/>, fecha de consulta 13 de julio de 2024.

²⁴⁵ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/495/91/>, fecha de consulta 13 de julio de 2024.

ocupante cuando un compañero inquilino le dijo que no entrara. Tal reticencia no demostraría timidez, sino la comprensión de que cuando las personas que viven juntas no están de acuerdo sobre el uso de sus habitaciones comunes, la resolución debe llegar a través de un acuerdo voluntario, no de apelaciones a la autoridad. A falta de una jerarquía reconocida, por ejemplo, entre padre e hijo, no existe un entendimiento social o legal de superior e inferior entre cohabitantes.

Las mencionadas resoluciones estadounidenses hablaron de la denominada doctrina de la buena fe aunque lo cierto es que fundamentalmente pivotaron sobre la constitucionalidad o no de las actuaciones policiales en base a la existencia o no de un consentimiento que pudiera entenderse como razonable, dadas las circunstancias o incluso si dicho consentimiento, como tal ocurre en las zonas comunes, era constitucionalmente habilitador, lo que desplazaría la mejor o peor intención de la policía, sobre la que pivota la necesidad de aplicar el efecto disuasorio.

Visto lo anterior, entendemos que el Tribunal Constitucional optó por una interpretación demasiado apegada al modelo estadounidense y sin depuración, obviando que tenía elementos propios tanto en el texto del art. 11.1 LOPJ como en la STC 114/1984 para abordar la cuestión de manera coherente con lo establecido, llegando al mismo resultado y dejando una importante cuestión en aire.

Para empezar, advertimos que la sentencia 23/2003 del Tribunal Constitucional no se atiene a la literalidad de lo expuesto su sentencia 114/1984, y modifica el significado y alcance de la primigenia resolución, así como las palabras concretas del art. 11.1 LOPJ, pues entendió que la prohibición de valoración era consecuencia de "la vulneración del derecho fundamental", añadiéndose más confusión cabe, por cuanto se prescinde del término violentar.

Desde luego que el Tribunal Constitucional puede interpretar, aunque discrepemos, que la regla de exclusión opera frente a las vulneraciones de derechos fundamentales, pero desde luego que ello incide en la falta análisis del

alcance del art. 11.1 LOPJ, por cuanto, pese a la ser incontrovertido el hecho de que se había lesionado el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria del condenado, puso el hincapié en que esa lesión era, dadas las circunstancias, insuficiente para invalidar tanto su uso como valor probatorio, partiendo de la errónea idea de que el art. 11.1 LOPJ no contempla dichas situaciones.

Dicho de otro modo, el Tribunal Constitucional entendió (por una interpretación extensiva) que el art. 11.1 LOPJ establece como presupuesto a la carencia de efectos de una prueba que se haya obtenido por la **vulneración** de un derecho fundamental y por ello, en el caso concreto, consideró que cabía una excepción (de carácter restrictivo). Por nuestra parte entendemos que dicha construcción argumental es sistemáticamente deficiente por cuanto, desde luego, si el legislador hubiera construido el precepto estableciendo la prohibición valorativa de cualquier acto lesionador de un derecho fundamental no cabrían excepciones (de corte restrictivo) de ningún tipo, pues tampoco podría tildarse de inconstitucional esa hipotética decisión del legislador de prohibir cualquier prueba proveniente de una lesión de un derecho fundamental. Pero el precepto, como ya hemos expuesto, dice otra cosa.

En esa construcción, la doctrina de la buena fe opera como una indeseable excepción y si equiparamos el término violentar al de vulnerar, el art. 11.1 LOPJ desde luego que coge un sentido y extensión que entendemos que no tiene, quedando el precepto totalmente deslavazado y casi irreconocible, pues la consecuencia de la norma es decididamente infranqueable, hasta para el propio Tribunal Constitucional, ya que ningún empero de inconstitucionalidad podría caber ante la concepción de una automática regla exclusión (carencia de efectos) respecto de todas las pruebas obtenidas, en todo caso y sin excepción, con vulneración de un derecho fundamental.

En consecuencia, creemos que no puede dejarse de considerar -más que acertada, coherente- la consecuencia propuesta el Magistrado don

Guillermo Jiménez Sánchez en su voto particular inherente a la STC 22/2003. No obstante, criticamos que coincida en una interpretación maximalista del art. 11.1 LOPJ, pues entiende que opera la regla de exclusión en la prueba que se obtuviere con vulneración (y no violentando) derechos fundamentales:

"12. (...) Por tanto puede afirmarse que, excluidas las pruebas constitucionalmente ilícitas, no existe ninguna otra prueba de cargo válida respecto del delito de tenencia ilícita de armas".

Desde luego que la totalidad del Tribunal Constitucional se decantó por concepción cuestionable del ámbito y extensión de la regla de exclusión plasmada en el art. 11.1 LOPJ, probablemente propiciada por mala una interpretación del propio texto albergado en la STC 49/1999 (FJ12) al disponer (la negrita es nuestra):

"La **lesión** del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 C.E.) **tiene, en este caso, un efecto añadido**: la prohibición, derivada de la Constitución, de admitir como prueba en el juicio oral y de dar eficacia probatoria al contenido de las conversaciones intervenidas, las cuales no debían acceder a él ni a través de sus transcripciones, ni mediante la audición de los soportes magnéticos donde se grabaron las escuchas, ni mediante la declaración testifical de los agentes que participaron en su práctica."

Para algunos autores²⁴⁶ ello significa que, en ocasiones, pese a existir conculcación material del derecho fundamental, la prueba puede valorarse Y ello

²⁴⁶ Entre otros MIRANDA ESTRAMPES, *op. cit.*, p.137: "Una lectura atenta de dicho párrafo, con la mención del término en ocasiones, permite darnos cuenta de que, para nuestro TC, no siempre que exista una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales su consecuencia procesal será la prohibición de admisión y de valoración. En otras palabras, la regla de exclusión en cuanto a su eficacia directa deja de tener un carácter absoluto, y más que absoluto, automático."

es completamente coincidente con el empleo en la LOPJ del término violentar, que no alcanza a todos los supuestos de lesión del derecho. A nuestro entender, el nudo gordiano se compadece con entender que la regla de exclusión, refiriéndonos a la prueba directa, sí tiene aplicación automática cuando se demuestre que el derecho fundamental ha sido violentado, lo que descarta su consecuencia en todos los supuestos donde exista lesión, debiendo existir un previo juicio analítico de la conducta, por lo que los supuestos de buena fe u error razonable no descansan en una excepción a la regla, sino en el propio -y natural- evaluación respecto de si el acto lesivo ha sido de los considerados violentadores. En resumen, la idea es sencilla; si no se ha dado el presupuesto, no se puede dar la consecuencia y en la STC 22/2003 se parte de la idea de que dándose el supuesto (lesión) -que se añade a la norma expresarlo mediante interpretación extensiva- en ocasiones no opera la consecuencia.

Por otro lado nos parece, que sería más armonioso entender que en ese caso concreto no pudo operar la regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ por cuanto la lesión del derecho no se compadecía con un acto violatorio, y partiendo de que *a priori* la hubo lesión o vulneración, obedeció a un error razonable de la policía, convencida de que disponía de un título habilitante para practicar el meritado registro, por cuanto se encontraba ante una situación jurídica de cierta enjundia, al haber recibido la autorización de su esposa. Así pues, el propio fundamento del art. 11.1 LOPJ ya recoge, al hablar de violentar por -la propia influencia de *Leon vs. US 468 US 897*, (1984) al momento de concebirse el texto del precepto- la validez de las pruebas que, habiéndose obtenido con vulneración del derecho fundamental, no lo han violentado.

Dando vueltas a la solución dada en la aludida STC 22/2003 respecto de los hechos concretos, la misma se basa en las soluciones de la Corte Suprema

Estadounidense que no resultaba demasiado útil²⁴⁷ (*United States v. Matlock*, 415 U.S.) para la resolución del caso concreto.

A la vista del abuso del uso de sentencias norteamericanas, al demandante de amparo en la STC 22/2003, le hubiera ido bien -pues no es descartable que el Tribunal Constitucional le hubiera otorgado amparo- si hubiera existido por entonces el precedente de *Georgia v. Randolph*, 547 U.S. 103 (2006), por cuanto la policía era conocedora de que, en todo caso, el detenido tenía autoridad común sobre la vivienda y, pudiéndose haber solicitado su consentimiento por precisamente estar detenido y no ser una diligencia urgente, el mismo fue suplantado por el de su esposa.

Parece que la causa de justificación no resulta exclusivamente apoyada en un error sobre el hecho, sino que más bien parece abrir la puerta al error de derecho como criterio.

Por ello tampoco es defendible un paralelismo con el caso *Leon vs. US* (468 US 897, 1984), ni el caso *Michigan vs. De Filippo*, 443 US 31, 1979²⁴⁸,

²⁴⁷ En el voto particular que formula el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez respecto del fallo y la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 4400/99 se apunta: "De otro modo, si (en la línea trazada por la jurisprudencia americana, Sentencia del Tribunal Supremo americano *US v. Matlock*, 415 US 164, 1974) aceptáramos la tesis de que el consentimiento válido para un registro no es sólo el del acusado sino también el de un tercero que posea "autoridad común o suficiente relación con los locales o efectos inspeccionados", y que quien decide vivir con otro asume el riesgo de que éste pueda permitir la práctica de un registro, estaríamos otorgando al cotitular del domicilio un poder de disposición sobre la intimidad de quien con él convive que resultaría inaceptable desde la perspectiva de protección reforzada de dicha intimidad en el ámbito domiciliario que consagra el art. 18.2 CE y, sobre todo, desde la perspectiva del derecho de defensa del investigado (...) Y, más allá de los supuestos de flagrancia, la práctica de un registro policial sin el consentimiento del cónyuge investigado exige en todo caso autorización judicial, con todas las garantías a ella ligadas".

²⁴⁸ Un supuesto parecido al de *Michigan v. DeFillippo* fue con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad, mediante la STC 341/1993, de 18 de noviembre, del art. 21.2 de la denominada "Ley Corcuera" o "Ley de la patada en la puerta" (Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana), posteriormente no se

porque ambos arrancan de una premisa clara en torno a que la interpretación del derecho nunca corrió a cargo del propio agente que generó la inmisión en el derecho fundamental, sino que en el primer caso fue un juez quien previamente había librado el mandamiento en cuestión, y en el segundo caso la discrepancia surgió a tenor de una declaración de inconstitucionalidad sobrevenida de la norma o ley aplicadas; en consecuencia, quien actuó allí lo hizo inducido por una interpretación judicial previa del derecho aplicable, a diferencia del supuesto contemplado en la STC 22/2003 donde la inadecuada interpretación del derecho fue hecha por quien tenía interés (institucional) en la persecución que se estaba desarrollando.

En este sentido entendemos que las interpretaciones jurídicas racionales sobre un juicio de proporcionalidad en la posible inmisión en un derecho fundamental (máxime cuando no son actuaciones que se denominen “de urgencia” o “imprescindibles”) son exigibles a todos los poderes públicos, pero que se ha de exigir una cierta escrupulosidad cuando la interpretación jurídica es verificada por quien institucionalmente presenta interés (legítimo desde luego) en la persecución penal. La misma ha de ser respetuosa con los derechos fundamentales en juego, sin contar -además- que desde luego cabe poner reparos al reconocimiento de buena fe y proporcionalidad cuando la policía había procedido a la detención del sospecho y sin constar circunstancia alguna que impidiese o dificultase solicitar el correspondiente mandamiento judicial (no había peligro alguno de destrucción u ocultación de pruebas, ni de que se cometiera un nuevo delito), lo que en definitiva podría aproximar el supuesto a una “negligencia grave”, no descartada por la jurisprudencia estadounidense, ni tan siquiera en las sentencias referenciadas en caso concreto, sobre las que

ponderó la buena o mala fe de las actuaciones policiales al caso concreto, sino que aplicó la retroactividad de la regla de exclusión.

también se pronunció el Tribunal Constitucional en su STC 81/1998 ²⁴⁹, **verdadera pionera en incorporar un elemento de valoración inspirada en la doctrina de la buena fe**, como criterio de repudiación para la validez de las pruebas, por cuanto a diferencia del sistema estadounidense, en el constitucionalismo moderno en el que se encuadra nuestro sistema hay, necesariamente, por la moderna concepción objetiva de los derechos fundamentales, más elementos a valorar que la oponibilidad del efecto disuasorio contra una actuación policial.

Pero además debemos preguntarnos si verdaderamente estaba justificada la apreciación la operabilidad una excepción por la buena fe de los poderes públicos respecto de una mala interpretación jurídica, pues el error abarca desde un inocente fallo hasta la desacertada decisión en relación a algo que debía conocerse. Esta indefinición, quizá inevitable, puede favorecer la debilitación de las garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas. Admitir -e incluso promover mediante criterios laxos o basados en subjetivas percepciones de falta de malicia- el hecho que las instituciones no estén debidamente formadas en materia de derechos fundamentales abre una peligrosa puerta a la desvinculación de los poderes públicos que pudieren incluso inducir a ampararse en dicho desconocimiento de la norma que -en todo caso- “debería conocerse”²⁵⁰ aunque no fuera conocido por el sujeto.

En relación a poder apreciar error, por nuestra parte entendemos que ese desconocimiento, o incluso duda, sobre todo cuando no existe urgencia en la actuación, debe ser seguida de un comportamiento coherente con el de

²⁴⁹ La STC 81/1998, de 2 de abril, en su FJ6 afirma que: "Ese dato excluye tanto la intencionalidad como la negligencia grave y nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones".

²⁵⁰ El término *willfull blindness* opera bajo la premisa de que necesariamente debía conocerse la ilicitud de un hecho.

proceder conforme a la manera más garantista posible o, en todo caso, de uno que enerve cualquier duda en relación a que se ha prescindido de esa diligencia debida por pereza o inconveniencia. Además, la doctrina de la buena fe también puede ser aplicada a los particulares, respecto de los cuales es comprensible tener mayor laxitud en cuanto a los supuestos de error en comparación a los poderes públicos.

Corolario de esa idea, la STS (Sala Segunda) 489/2018, de 23 de octubre, Rec. 1674/2017, en su FJ 15, entiende:

"Con anclaje en la tesis partidaria de la finalidad profiláctica, se ha sostenido que, para tachar a una prueba de ilícita, debe exigirse, usando un paralelismo penal, una conducta antijurídica y culpable (aunque sea simple negligencia). No sería "ilícita" a estos efectos la acción, ni por tanto la prueba, cuando se ha actuado de buena fe, con la convicción de que la conducta se ajustaba al ordenamiento y sin indiligencia, indiferencia o desidia reprobables. (...) Sin embargo, en el caso presente, a la vista de la jurisprudencia existente y predominante en el momento de la actuación empresarial cuya licitud fiscalizamos ahora, se podía y debía haber extremado la cautela: no existiendo advertencia de que el ordenador había de ser usado exclusivamente para los fines de la empresa y no constando al empleado que la empresa se reservaba la potestad de su examen, por mucho que se utilizasen métodos informáticos especialmente poco invasivos y selectivos, constituía un cierto atrevimiento (una indiligencia), no recabar antes el consentimiento del titular o, en su defecto, la autoridad judicial. "

Como ya hemos visto, el *deterrence effect* (efecto disuasorio) estadounidense, o necesidad de censurar dicho acto claramente conculcador de un derecho fundamental (por falta del exigible conocimiento en materia de

derechos fundamentales) aparece entonces como necesario para acentuar la conciencia (tanto institucional como social) de ser necesaria una mayor escrupulosidad profesional en cuanto a la tutela y respeto de los derechos fundamentales, máxime por los poderes públicos, amén de que dicha vinculación debe alcanzar incluso a los particulares. Pocas dudas ofrece que dicha relativización de su alcance ha perjudicado la concepción objetiva de los derechos fundamentales.

Sea como fuere, lo que parece infranqueable es que acabamos por tener la misma problemática que los estadounidenses en torno a lo que es o no es razonable, pero desde luego que en nuestro sistema prima un efecto expansivo de los derechos fundamentales que es impropio del sistema estadounidense. La solución adoptada por el Tribunal Constitucional genera muchas sombras, pues parece acabar asumiendo funciones impropias o ajenas al considerar que existió una vulneración material del derecho fundamental del art. 18.2 CE para con posterioridad y ante una contravención en base a una reinterpretación de la norma que le impele inexcusablemente a la exclusión de la validez probatoria (art. 11.1 LOPJ), dotar de eficacia a la prueba obtenida con dicha vulneración material, lo que conlleva a poder pensar que se distorsiona la propia fundamentación de la regla.

b. La doctrina constitucional sobre validez de la prueba refleja. La "conexión de antijuricidad".

Iniciamos la aproximación al concepto de prueba indirecta²⁵¹ o derivada

²⁵¹ No se debe confundir con la denominada prueba indirecta en relación al hecho a demostrar. En este sentido, LORCA NAVARRETE, A. M^a., "La prueba indiciaria, indirecta o circunstancial en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020", Monográfico sobre Proyecto de LEcrim, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Núm. 1, 2021, p. 21: "Prueba indirecta entendida como la que permite alcanzar el

por entender que incluye aquellas pruebas a las que le es innata su ligazón con otra prueba originaria, mediante una vinculación de carácter factual o naturalístico conocida como conexión o vinculación causal, constituida por un primer elemento -de roce- que actúa a modo de postulado en su apreciación. Su ausencia (cuando se trate de pruebas causalmente independientes, desconectadas, o desvinculadas), entendemos que implica que -en puridad- no se tendría por qué analizar (dado que, en principio, no sería posible establecer) la naturaleza de un segundo elemento -de contagio o contaminación- significado por la presencia de una relación jurídicamente inaceptable, o mejor antijurídica, denominada "conexión de antijuridicidad".

En relación con la prueba indirecta se pronuncia la STS (Sala Segunda) 1203/2002, de 18 de julio, Rec. 3269/2000 (FJ2), sobre todo en lo que concierne al denominado "efecto dominó" ²⁵² de las pruebas derivadas:

"La justificación de este denominado "efecto dominó", que derriba y arrastra toda la prueba derivada de la vulneración constitucional, se

resultado probatorio que no ha sido explicitado claramente pero que sin embargo permite deducirlo aun cuando sea indirectamente".

²⁵² Expresión empleada en la STS 457/1999, de 19 de julio, rec.2103/1998 (FJ8.3): Ciertamente es que como esta Sala ha dicho reiteradamente la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental además de radicalmente nula no puede surtir efecto alguno en el proceso "contaminando las restantes diligencias que de ella derivan, trayendo causa directa o indirecta de la misma, ya que existe la imposibilidad constitucional y legal de valorar las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes" (Sentencia de 5 de febrero de 1994), produciéndose así lo que la Sentencia de 15 de diciembre de 1994 ha llamado "efecto dominó". Pero este efecto expansivo de la invalidez no existe para las restantes pruebas cuando es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas (Sentencias de 9 de octubre de 1992 y 20 de mayo de 1994).

encuentra en que sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Cuando la prueba de cargo inicial ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria, y, como consecuencia del denominado "efecto dominó", ello determina el decaimiento de todas las pruebas posteriores derivadas de ella."

La denominada "conexión de antijuridicidad" o "desconexión de antijuridicidad" constituye una superación de postulados meramente causalistas o factuales y conduce a que la presencia de cualquier ilicitud de la prueba indirecta o refleja haya de ser examinado desde una doble perspectiva, no solamente causal sino también jurídica -o mejor dicho, antijurídica- porque para llegar a determinar que su ilicitud constituye un vicio auténticamente invalidante -del art. 11.1 LOPJ- es necesario que la mera ilicitud formal vaya acompañada también de la transmisibilidad de la material del derecho fundamental afectado por su violentación primigenia.

Conviene, para una mejor comprensión, remarcar que, para discriminar la situación, se requiere abordar por separado los elementos a conjugar:

1º. En primer lugar, es necesario haberse constatado la presencia de una primigenia prueba ilícita que hubiese violentado el derecho fundamental y fuera merecedora de la sanción recogida en el art. 11.1 LOPJ.

2º. En segundo lugar, la vinculación o conexión causal o factual, que supone la presencia de un contacto (de orden naturalístico) por las subsiguiente prueba o pruebas, que naturalmente -y valga la redundancia- da entrada a una posible contaminación de la prueba

derivada²⁵³.

3º. Finalmente se debe atender el carácter del contagio, que por lo general será antijurídico (con lo que persistirá el efecto invalidante), pero que excepcionalmente permitirá conservar la validez de la prueba derivada (cuando no concurra una conexión de antijuridicidad).

Dado que la “conexión de antijuridicidad” constituye una herramienta de origen jurisprudencial penal que es aplicable a los supuestos de prueba indirecta o derivada, la debida sumisión al juicio de ponderación es múltiple, porque, como ya hemos visto, en primer lugar resulta aplicable a la prueba originaria, y solamente después a la refleja o reflejas.

Especialmente trascendente fue la STC 81/1998, de 2 de abril, que establece la necesidad en primer lugar de apreciar en primer lugar “la vulneración del derecho (...) en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no”. Para luego ponderar externamente “las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho”.

Al final, acaba por entender que “estas dos perspectivas son

²⁵³ La STC 81/1998, de 2 de abril (FJ4): “en tales casos la regla general, tal y como hemos expresado en diversas ocasiones (SSTC 85/1994, fundamento jurídico 5.º; 86/1995, fundamento jurídico 3.º; 181/1995, fundamento jurídico 4.º y 49/1996, fundamento jurídico 5.º) y reafirmamos expresamente ahora, es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla incurso en la prohibición de valoración ex art. 24.2 CE”.

complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”.

Un ejemplo claro lo facilita también la STC 173/2011, de 7 de diciembre, que no dio amparo frente a una condena por posesión y distribución de pornografía infantil contra quien llevó su ordenador portátil para reparar a una tienda cuyo encargado lo entregó a la Policía, que lo examinó sin la pertinente autorización judicial y accediendo a carpetas distintas de las previamente observadas por el denunciante. Se declaró la proporcionalidad y constitucionalidad de la injerencia del empleado de la tienda en la esfera de la intimidad del recurrente de amparo, descartándose que estuviéramos ante una conculcación de derecho fundamental, por lo que no operaría la íncrita consecuencia del art. 11.1 LOPJ. En segundo lugar, y ya descartado el carácter reflejo, derivado, o indirecto de la prueba obtenida por la Policía al examinar el contenido del ordenador - sin la preceptiva autorización judicial - ésta fue examinada autónomamente y según la opinión mayoritaria actuó de manera ajustada a las exigencias constitucionales por cuanto el acusado mismo no estaba detenido y que se trataba de un delito en red²⁵⁴.

²⁵⁴ Merece la pena recalcar la discrepancia en relación con el término de urgencia (para determinación de si era necesaria la autorización judicial) contenida en el Voto Particular a la STC 173/201 de la magistrada doña Elisa Pérez Vera: "Siendo esencialmente cierta la anterior afirmación no alcanzo a entender por qué, estando el ordenador físicamente en poder de la policía, las diligencias de investigación no podían esperar a que su realización contara con autorización judicial. Se añade a continuación en la Sentencia un dato que podría resultar relevante: cuando se practica la intervención la persona denunciada no estaba detenida «por lo que tampoco aparece como irrazonable intentar evitar la eventualidad de que mediante una conexión a distancia desde otra ubicación se procediese al borrado de los ficheros ilícitos de ese ordenador o que pudiera tener en la “nube” de Internet» (mismo fundamento jurídico). Pues bien, entiendo que no

Pero aun así la solución técnica inherente a la “conexión de antijuridicidad”, ha quedado sujeta a críticas severas porque “autoriza la utilización y aprovechamiento probatorio de elementos probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita, pero que en la realidad se alcanzaron vulnerando derechos fundamentales”²⁵⁵, porque, en según qué supuestos, opera con meras hipótesis o conjeturas²⁵⁶, y porque con ella se contraviene la regla “taxativa” que proyecta el art. 11.1 LOPJ. Y en este sentido crítico se pronunció la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la sentencia 1005/2010, de 11 de noviembre:

"tampoco cabe en este caso acudir para sanear la diligencia de registro a la denominada conexión-desconexión de antijuridicidad, categoría conceptual de carácter penal sustantivo que el Tribunal

correspondía al Tribunal Constitucional aportar una justificación de la actuación policial de índole técnica y no utilizada por las decisiones recurridas. Pero es que, además, el acceso a archivos de Internet (como los que incriminaban al recurrente) sólo puede realizarse si el terminal en cuestión está conectado a la red, por lo que en nada se hubiera puesto en riesgo la labor investigadora de la policía si, estando dicho terminal en su poder, se mantiene apagado hasta lograr la preceptiva autorización judicial. Por lo demás desde el día siguiente de la denuncia y de la entrega del ordenador el denunciado permaneció detenido en dependencias policiales, hasta que un día más tarde fue puesto a disposición judicial. De este modo durante veinticuatro de las cuarenta y ocho horas que tardó en dar cuenta al Juez de instrucción, la policía tuvo en dependencias policiales tanto el ordenador como al denunciado, cuyo comportamiento por tanto no podía poner en peligro ninguno de los elementos de prueba contenidos en aquél".

²⁵⁵ VELASCO NUÑEZ, E., “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, septiembre, 1996, pp. 10164-10165.

²⁵⁶ GOMEZ COLOMER, J. L., “Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles”, *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal*, 2008, p. 162.

Constitucional ha extrapolado al derecho procesal penal al efecto de desactivar la interpretación literal de un precepto cuya aplicación favorece al reo, cual es el art. 11 de la LOPJ. Para ello ha operado con parámetros hermenéuticos sustancialmente contrarios a los que la Jurisdicción Constitucional ha utilizado para la interpretación del instituto de la prescripción en sus sentencias 63/2005 y 29/2008, en las que ha primado el tenor literal de la norma (art. 132.2 del C. Penal) y su sentido gramatical sobre otros que pudieran extender su interpretación en perjuicio del reo. Criterio que desde luego no se sigue con respecto al tema de la prueba ilícita, en el que se injertan en el art. 11 de la LOPJ categorías de la dogmática penal para, sobre la base de normativizar mediante conceptos notablemente imprecisos e indeterminados la relación de causalidad que describe el precepto (excluye la eficacia de las pruebas obtenidas, "directa o indirectamente", violentando los derechos o libertades fundamentales), acabar desvirtuando en gran medida el claro tenor literal de la norma aplicable."

De igual modo, la meritada sentencia del Tribunal Supremo entendió que la posible valoración de las pruebas reflejas debe ser entendida como una excepción y no la regla general.

Pero, ante la realidad de que la prueba indirecta o refleja no fue abordada por la STC 114/1984 ello ha propiciado que su regulación en art. 11.1 LOPJ parezca ser tratada como una cuestión de mera legalidad. Así pues, el desplazamiento a la mera legalidad ordinaria²⁵⁷ de la regla contenida en el art. 11.1 LOPJ abre una puerta, quizá demasiada abierta, hasta alcanzar una *quasi* libre reinterpretación de la norma.

²⁵⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 204.

Aunque apreciar si una finalidad o un aprovechamiento resultan o no jurídicamente reprochables por lo que atañe a sus efectos probatorios, o sea tratar de definir la “conexión de antijuridicidad”, suponga una tarea no absolutamente exenta de complicaciones y aristas.

Entendemos que, en muchas ocasiones, el equilibrio resulta difícil, pues tampoco se trata de colocar al *“ius puniendi”* en situación de preponderancia frente a los derechos fundamentales -y es el camino que parecen haber escogido recientemente los Tribunales- sino de conjugar la convivencia (y no sólo la colisión) entre valores, principios y derechos constitucionales, y con ello la importancia se traslada al establecimiento de determinadas reglas de preponderancia en la valoración del caso concreto.

Este conflicto se percibe en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 2265/2013 cuando en ella se dice que esta segunda conexidad no es propiamente causal (“no es un hecho”), aunque seguidamente tampoco se le reconoce pertenencia a un orden estrictamente jurídico, sino que constituye un juicio de experiencia:

“un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada.”

Parece que la dificultad (en puridad imposibilidad) de diferenciar siempre claramente entre hecho y derecho, ha inclinado a colocar la conexión de antijuridicidad en el terreno ambiguo (posibilista pero resbaladizo) del “juicio de experiencia”, que permite involucrar tanto los aspectos naturalísticos como los normativos para interpretar de modo versátil el grado de conexión (la carga de antijuridicidad presente o ausente en la conexión sujeta al análisis).

Resulta útil recordar que se trata como prueba refleja o indirecta a aquella que se produce con posterioridad a la obtención de una prueba ilícita y que, al acordarse la ulterior, se incorporan una serie de datos de la primera. Así pues, tras analizar el acervo de datos obrantes, y tras concluir que los datos cuya valoración se prohíbe no eran determinantes para acordarla, la prueba indirecta es susceptible de valoración, pues obrarían en la causa otros datos que, prescindiendo de los ilícitamente obtenidos, abocarían al mismo resultado²⁵⁸. Lo

²⁵⁸ En este sentido la STC 171/1999, de 24 de septiembre, en su FJ10 sostiene que: "En consecuencia, se trataba de proceder a un registro que sólo puede considerarse legítimo en la medida en que haya sido autorizado judicialmente. A la luz de la jurisprudencia constitucional, dicha resolución judicial de autorización constituye un mecanismo de orden preventivo para la protección del derecho (SSTC 160/1991, fundamento jurídico 8º), de forma que lejos del automatismo formal en la concesión, la autorización debe expresar la ponderación de las circunstancias y los intereses, público y privado, en conflicto (SSTC 160/1991, fundamento jurídico 8º; 50/1995, fundamento jurídico 5º) "para decidir en definitiva si merece el sacrificio de éste, con la limitación consiguiente del derecho fundamental" (STC 50/1995, fundamento jurídico 5º). Por tanto, la autorización judicial a la que se refiere el art. 18.2 C.E. ha de estar motivada (SSTC 290/1994, fundamento jurídico 3º; 50/1995, fundamento jurídico 5º; 126/1995, fundamento jurídico 3º; 41/1998, fundamento jurídico 34), como única forma de verificación de la existencia de ponderación judicial exigida como garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 C.E. y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental. Consecuencia de ello, es que la autorización judicial debe estar fundada en un fin constitucionalmente legítimo (STC 41/1998, fundamento jurídico 34) y el registro ha de ser adecuado e imprescindible para alcanzarlo (por todas SSTC 55/1996, 161/1997, 61/1998). Desde esta perspectiva, ha de concluirse la existencia de una resolución judicial motivada, en cuanto, por sí misma y con complemento de la solicitud policial, exterioriza los extremos necesarios para delimitar su alcance de forma espacial, temporal y subjetiva, su finalidad, y el carácter necesario y adecuado para lograr ésta. En efecto, constan los datos del domicilio a registrar y de su titular; la necesidad de realizarlo en horas "de día"; que la autorización se concede y se delega su ejecución en la "Autoridad solicitante"; la existencia de una investigación en curso por delito de tráfico de estupefacientes, en el curso de la cual se ha detenido a don Italo Nelli a quien se intervino dinero, documentación falsa y restos de cocaína, y quien vive en el domicilio respecto del cual se pide la autorización para el registro; y, por último, consta la finalidad de la diligencia: "acceder a la vivienda por si hubiera sustancias estupefacientes, dinero y documentación falsa". A esta conclusión no puede oponerse, como sostiene el recurrente, la inexistencia de indicios que justifiquen el registro, ni la ausencia de ponderación de la proporcionalidad de la medida. De un lado, los indicios resultan de la investigación previa llevada a cabo y de las circunstancias de

anterior se engloba, realmente, en la denominada excepción de la fuente independiente.

Pero todo lo expuesto, tampoco sirve como dogma, ni parece que la invalidez de la prueba indirecta pueda quedar circunscrita a la esfera de la mera legalidad, pues ha habido pronunciamientos del Tribunal Supremo en sentido opuesto. Para determinados casos, la interpretación debe hacerse eminentemente en función del grado de exigencia impuesto por la garantía concreta afectada (necesidad de tutela), tal y como resulta de la doctrina constitucional aplicable²⁵⁹, del modo que expone la sentencia del Tribunal

la detención del recurrente. El demandante de amparo estaba siendo sometido a vigilancia por la policía, de forma que los funcionarios encargados de la misma observaron un incidente en el que éste intervino con otras dos personas, tras el cual procedieron a la detención de don Italo Nelli, cuando se alejaba en su coche de la finca en la que tuvo lugar. De manera que tanto el incidente en sí, motivo de la detención, como los objetos encontrados al recurrente en el vehículo que conducía en el momento de la detención, constituyen indicios suficientes para fundar la existencia del delito de tráfico de estupefacientes. La existencia de los indicios que fundamentan el registro, aunque obtenidos en el curso de una investigación en la que se procedió a la intervención de un teléfono, que se acaba de valorar como lesiva del derecho al secreto de las comunicaciones, no resulta afectada por esta lesión, pues el conocimiento adquirido en dicha intervención era muy genérico y sólo dio lugar a que se sometiera a vigilancia a don Italo Nelli; por ello, no puede entenderse determinante ni del conocimiento de los hechos que motivaron la detención, ni de las circunstancias de la misma (STC 81/1998, fundamentos jurídicos 5º y 6º)".

²⁵⁹ STC 81/1998, de 2 de abril: "Sin embargo, la conexión de antijuridicidad, que hemos negado desde la perspectiva de la índole y resultado de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, podría resultar afirmada a partir del examen de las necesidades esenciales de tutela del mismo. El análisis ha de partir aquí del hecho de que la necesidad de tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas es especialmente intensa, tanto porque dicho derecho, a consecuencia de los avances tecnológicos, resulta fácilmente vulnerable, cuanto porque constituye una barrera de protección de la intimidad, sin cuya vigencia efectiva podría vaciarse de contenido el sistema entero de los derechos fundamentales. En consecuencia, la cuestión es la de si excepcionar, en los términos en que 10 efectúan las resoluciones impugnadas, la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en otra contraria a las exigencias del art. 18.3 CE no significa, de algún modo, incentivar la comisión de infracciones del derecho al

Supremo, Sala Segunda, 721/2014, de 15 de octubre, cuando acentúa la preponderancia del factor normativo (a costa del causal), en función del grado de exigencia suscitado por la garantía afectada, rechazando abrazar indiscriminadamente las teorías estadounidenses:

"En primer lugar es necesario realizar el análisis desde una perspectiva externa, partiendo del examen de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado. Cuando la necesidad de tutela de un derecho fundamental es especialmente intensa, como sucede por ejemplo en los supuestos de tortura, en los de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas sin ningún tipo de autorización judicial o en los de vulneración policial flagrante del derecho de defensa del imputado, excepcionar la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en la violación de dichos derechos puede incentivar la comisión de infracciones y privar a estos derechos fundamentales de una garantía indispensable para su efectividad. Por tanto en estos supuestos no cabe admitir excepción alguna, y el examen debe concluir en esta perspectiva externa, determinando la nulidad de toda la prueba derivada.

Lamentablemente esta aportación de nuestra doctrina constitucional ha sido ignorada, o malinterpretada coma por lo general coma en los análisis doctrinal es referidos a esta materia coma que se suelen quedar en meras recopilaciones de aportaciones de derecho comparado coma en relación con la

secreto de las comunicaciones telefónicas y, por 10 tanto, privarle de una garantía indispensable para su efectividad."

doctrina de los frutos del árbol envenenado y las excepciones a la regla de exclusión, prescindiendo del matiz diferencial introducido la doctrina de la conexión de antijuridicidad coma en relación a los supuestos en que no cabe emitir excepción alguna, y en los que el examen debe concluir en la perspectiva externa dada la gravedad de la vulneración y las necesidades esenciales de la tutela del derecho fundamental afectado".

Es decir, que la invalidez de la prueba derivada sobreviene en estos casos por la presencia de la conexión causal más la constatación normativa de una demanda intensa de protección derivada de la protección del derecho, y sin necesidad comprobaciones adicionales (de carácter experimental) sobre la finalidad del comportamiento infractor invalidando -por el especial énfasis que sitúa sobre la naturaleza de la violentación del derecho en relación a la prueba primigenia- pruebas obtenidas con posterioridad. Se acentúa el efecto disuasorio pretendido a la idea de la búsqueda de la verdad material, por cuanto la investigación se ha teñido, en su conjunto de un impermissible dolo.

En tal caso la comprobación normativa o jurídica (necesidad de tutela del derecho fundamental) prepondera frente a la comprobación de si mediaron o no finalidades espurias al infringir la norma (integrante del "juicio de experiencia"), y este último aspecto no siempre necesita ser abordado para proclamar la invalidez de la prueba derivada.

Pareciese que esta acentuación del efecto disuasorio, que opera como reforzamiento de una regla general y no de una excepción, aceptada expansivamente en los casos donde el derecho se violenta de manera dolosa para sustentar la investigación y que, irremediabilmente, desplaza cualquier posibilidad de valoración de las denominadas pruebas indirectas, ha sido utilizado como pretexto para construir una doctrina donde el único fundamento

para la operancia de la regla general de exclusión sobre la prueba directa (incluyendo a las actuaciones de los particulares)²⁶⁰. Con ello, ya no importa que se busque lesionar un derecho fundamental, sino que lo que prevalece es la finalidad investigadora.

En este sentido, Del Moral García, autor del voto particular de la STC 569/2013, de 26 de junio, y en concordancia con su visión (que ahora parece ser la dominante en el ámbito judicial), entiende que "no habrá exclusión, si el objetivo de la vulneración del derecho fundamental era totalmente ajena a una finalidad procesal. Los ladrones que entran en la vivienda donde encuentran droga no van buscando pruebas. Por eso si son sorprendidos por la policía; o ésta acaba deteniéndolos, nada impedirá condenar a los tenedores de la sustancia estupefaciente, aunque su hallazgo fuese fruto de un atentado a la inviolabilidad del domicilio a cargo de unos particulares. Este es el entendimiento de la referida sentencia del TC que acabamos de citar y que solventaba a nivel nacional el asunto Falciani convalidando las condenas. En la inicial ilícita obtención de las pruebas de delitos de defraudación tributaria no estaba presente una finalidad de recabar pruebas para hacerlas valer en un proceso"²⁶¹.

Resulta obvio concluir que la "conexión de antijuridicidad" constituye una de las elaboraciones dogmáticas más complejas de la doctrina constitucional,

²⁶⁰ Merece la pena reproducir parte del FJ 3 de la STS (Sala Segunda) 1203/2002, de 18 de julio que afirmó que "es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada "conexión de antijuridicidad" utilizada a efectos de amparo por el Tribunal Constitucional, y acogida en ocasiones por esta Sala pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art 11 1º de la LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985."

²⁶¹ DEL MORAL GARCÍA, A., "Reflexiones sobre la prueba ilícita", *Revista Científica del Centro Universitario de la Guardia Civil (Revista Logos Guardia Civil)*, febrero, 2023, p. 46.

probablemente por surgir de un esfuerzo sistematizador a partir de diferentes excepciones ya previamente reconocidas pero dispersas. Según se ha expuesto, por regla general la vinculación causal (entre una prueba originaria ilícita y otra derivada) habría de bastar por sí sola para invalidar esta última salvo que, por excepción, la mencionada conexión causal resulte jurídicamente insignificante o irrelevante (doctrina del nexo causal atenuado ante una confesión a partir de pruebas ilícitas), o cuando les falte una conexión de antijuridicidad subyacente (supuestos de descubrimiento inevitable, hallazgo casual, o flagrancia delictiva).

Esa dificultad de sistematización, a la que hemos hecho mención, se revela también en los sistemas de Derecho Comparado, así como en el estadounidense. En concreto, es de interés poner como ejemplo la propuesta de sistematización de Kerr para el sistema estadounidense:

"Cuando el gobierno lleva a cabo una búsqueda inconstitucional, y esa búsqueda conduce a pruebas, la aplicación del remedio de exclusión depende de cuatro preguntas básicas: Primero, ¿hay suficiente causalidad entre la violación constitucional y el descubrimiento de la evidencia para justificar la supresión? Segundo, ¿es el acusado uno de los individuos a los que se les permite plantear la impugnación? Tercero, ¿es este el tipo de violación constitucional que respalda la supresión? Y cuarto, ¿es este procedimiento en particular un tipo de procedimiento en el que se aplica la regla de exclusión? La regla de exclusión se aplica solo si la respuesta a las cuatro preguntas es sí. Cada una de estas cuatro preguntas tiene su propio conjunto de casillas doctrinales, pero en cada casilla las doctrinas están enmarcadas por una pregunta pragmática primordial: ¿hasta dónde debe llegar la regla de exclusión para disuadir las violaciones constitucionales pero aun

así permitir un sistema de justicia penal que funcione bien? En cada caso, el objetivo de la doctrina es que la regla de exclusión sea lo suficientemente amplia, pero no más: la regla de exclusión debe ir lo suficientemente lejos como para disuadir las malas acciones y permitir un sistema de justicia penal que funcione bien, sin castigar demasiado al público suprimiendo pruebas cuando la supresión no es necesaria"²⁶².

1. La fuente, jurídicamente, independiente

Con anterioridad hemos aseverado que se trata como prueba refleja o indirecta a aquella que se produce con posterioridad a la obtención de una prueba ilícita y que, al acordarse la ulterior, se incorporan una serie de datos de la primera.

Debemos recordar que doctrina de la "*independent source*" fue concebida en la propia sentencia *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920)²⁶³. Así pues, la excepción de la fuente independiente implica que, tras analizar el acervo de datos obrantes en su totalidad, y tras concluir que los datos cuya valoración se prohíbe (por vulneración constitucional) no eran determinantes para acordarla, la prueba indirecta es susceptible de valoración, ya que obrarían en la causa otros datos que, prescindiendo de los ilícitamente obtenidos, abocarían al mismo resultado de obtención.

Entiende Seligman, "la doctrina de la fuente independiente sostiene que

²⁶² KERR, ORIN S., *Good Faith, New Law, and the Scope of the Exclusionary Rule*, 99 *Georgetown Law Journal*, núm. 1077, 2011, p.1099 (URL: <https://ssrn.com/abstract=1675115>, fecha de consulta: 19 de junio de 2023).

²⁶³ "Si se tiene conocimiento de ellos a través de una fuente independiente, pueden probarse como cualquier otra".

las pruebas no se suprimen cuando fueron incautadas de conformidad con una orden válida y la información sobre la cual se obtuvo la orden judicial proviene de una fuente totalmente independiente de una entrada ilegal anterior y previamente conocida por los agentes. No importa que las pruebas hayan sido observadas inicialmente durante la entrada ilegal, siempre que estas observaciones ilegales no hayan sido la fundamentación en la que descansa la orden judicial".²⁶⁴

Edwards considera que la fuente independiente obedece a la realidad de "un cauce investigativo diferente que permite obtener pruebas por una vía distinta de la empleada para coleccionar los elementos de prueba considerados ilegal. Se trata de una fuente autónoma, es decir, una vía distinta de adquisición de la prueba, que aquella que se considera ilícita; la autonomía implica la existencia de otras vías de investigación que permiten llegar a la obtención de medios de prueba que acrediten la existencia del hecho delictivo"²⁶⁵.

Para Estrampes, "no nos encontramos ante una verdadera excepción, sino que su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del alcance de la regla de exclusión. Obviamente si la prueba utilizada no guarda ningún tipo de conexión con la prueba ilícita inicial, no se cumple el presupuesto esencial determinante del reconocimiento de eficacia refleja. Para poder apreciar dicha excepción será necesario que exista, por tanto, una verdadera desconexión causal entre la prueba ilícita original y la prueba derivada. Entendida en estos términos, no opera, en realidad, como una excepción al

²⁶⁴ SELIGMAN, K.;" The rise and fall of the exclusionary rule: can it survive", *Hudson, H. & B., First District appellate project training seminar*", febrero 30, 2010, pp. 34-35.

²⁶⁵ EDWARDS, C. E., *La Prueba Ilegal en el Proceso Penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 2000, p.127.

reconocimiento de efectos reflejos de la prueba ilícita, sino que representa su faceta negativa al no concurrir el presupuesto material básico para su aplicación, consistente en la existencia de una relación causal entre la prueba originaria y la derivada"²⁶⁶.

Lo anterior es aceptable desde un punto de vista exclusivamente centrado en la validez probatoria a las fuentes probatorias que no guarden ningún tipo de contacto casual desde un punto de vista naturalístico o fáctico con la denominada prueba directa, pero ello no engloba todos los supuestos posibles para la apreciación de la fuente (jurídicamente) independiente.

Cabe recordar que las denominadas pruebas indirectas o reflejas son las que se producen, con carácter general²⁶⁷, con posterioridad a la denominada

²⁶⁶ MIRANDA ESTRAMPES, *op. cit.*, p.143

²⁶⁷ Por ejemplo en *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984), URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/796/>, fecha de consulta: 1 de julio de 2024), en que los agentes del Equipo de Trabajo Antidrogas de Nueva York, que actuaron sobre la base de información de que los peticionarios probablemente estaban traficando cocaína desde su apartamento, comenzaron a vigilarlos. Posteriormente, al observar que el peticionario Colón le entregaba un paquete voluminoso a un tal Parra en el estacionamiento de un restaurante, mientras que el peticionario Segura y un tal Rivudalla-Vidal visitaban el interior del restaurante, los agentes siguieron a Parra y Rivudalla-Vidal hasta su apartamento y los detuvieron. Se descubrió que Parra poseía cocaína, y ella y Rivudalla-Vidal fueron arrestadas inmediatamente. Después de que se le informara de sus derechos constitucionales, Rivudalla-Vidal admitió que había comprado la cocaína al peticionario Segura y confirmó que el peticionario Colón había hecho la entrega en el restaurante. Un fiscal adjunto de los Estados Unidos autorizó a los agentes del Equipo de Trabajo a arrestar a los peticionarios, y se les informó que probablemente no se podría obtener una orden de allanamiento para el apartamento de los peticionarios hasta el día siguiente, pero que el agente debía asegurar el lugar para evitar la destrucción de pruebas. Más tarde esa misma noche, los agentes arrestaron al peticionario Segura en el vestíbulo del edificio de apartamentos de los peticionarios, lo llevaron al apartamento, tocaron a la puerta y, cuando el peticionario Colón abrió, entraron en el apartamento sin pedir ni recibir permiso. Luego, los agentes realizaron un control de seguridad limitado del apartamento y, en el proceso, observaron, a simple vista, varios artículos relacionados con drogas. El peticionario Colón fue arrestado y ambos peticionarios fueron detenidos. Dos agentes permanecieron en el apartamento esperando la orden judicial, pero, debido a una "demora administrativa", la orden de registro no se emitió hasta unas 19 horas después de la entrada inicial al apartamento.

prueba directa, por lo que en el juicio ponderativo correspondiente, hay que analizar si efectivamente existe ese contacto de tipo factual o naturalístico entre las mismas para, después, excluir aquellos elementos de la prueba ilícita originaria para corroborar la fundamentación y suficiencia respecto de las restantes pruebas derivadas, sustrayéndose la posibilidad de valorar aquellos elementos incorporados en las pruebas reflejas que provengan de la prueba directamente excluida, cumpliendo con el efecto no valorativo de aquellos elementos sobre la refleja que, no obstante lo anterior, podrá subsistir como prueba valorable.²⁶⁸

Como corolario de lo anterior, nos parece muy acertada la distinción efectuada en el FJ 3 de STS (Sala Segunda) 1203/2002, de 18 de julio, Rec. 3269/2000, que diferencia la "prueba diferente (pero derivada), con prueba independiente (sin conexión causal). Las primeras, en la medida en que indirectamente incorporan el conocimiento obtenido a través de una vulneración constitucional, no pueden surtir efecto alguno en el proceso, por expreso mandato legal."²⁶⁹

En el registro realizado de conformidad con la orden judicial, los agentes descubrieron, entre otras cosas, cocaína y registros de transacciones de narcóticos. Estos artículos fueron incautados, junto con los observados durante el control de seguridad. El Tribunal de Distrito concedió la moción previa al juicio de los peticionarios para suprimir todas las pruebas incautadas. El Tribunal de Apelaciones sostuvo que las pruebas descubiertas a simple vista en la entrada inicial, pero no las pruebas incautadas durante el registro con orden judicial, deben suprimirse. Posteriormente, los peticionarios fueron condenados por violar las leyes federales sobre drogas, y el Tribunal de Apelaciones confirmó su condena.

²⁶⁸ "en puridad no se trata de una verdadera excepción", según afirma VARONA JIMÉNEZ, A., "El laberinto de la prueba ilícita", *Justicia*, núm. 1, 2023, pp. 346-347.

²⁶⁹ La STS (Sala Segunda) 511/2015, de 21 de julio, rec.686/2015 (FJ6) redonda en esa distinción: "El efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 LOPJ, únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir prueba diferente (pero derivada) con prueba independiente (sin conexión causal)". "

2. La excepción del descubrimiento inevitable

Debemos recordar que doctrina de la *independent source* fue concebida en la propia sentencia *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920) y posteriormente, *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984)²⁷⁰ proporcionó una nueva modalidad de las “fuentes jurídicamente independientes” bajo la llamada doctrina del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*) en la que una persona con problemas mentales fugada de un hospital psiquiátrico mató a una menor de edad. En un interrogatorio ilegal, el acusado confesó el lugar y el cuerpo fue encontrado. La prueba se hizo valer, porque aun cuando la detención no fue no hubiese realizado esa confesión, el cadáver habría sido igualmente hallado por las patrullas que estaban realizando una batida.

Para Kerr "la doctrina de la fuente independiente pregunta si el gobierno descubrió la misma evidencia de alguna manera alternativa legal; la doctrina del descubrimiento inevitable se aplica cuando no existe una fuente independiente y en su lugar plantea la pregunta hipotética de si el gobierno habría encontrado la evidencia de todos modos si la búsqueda inconstitucional nunca hubiera ocurrido"²⁷¹.

En relación al descubrimiento inevitable, la STS (Sala Segunda) 885/2002, de 21 de mayo, Rec.937/2001, en su FJ 2 expuso:

²⁷⁰ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>, fecha de consulta 16 de abril de 2024.

²⁷¹ KERR, O. S., “Good Faith, New Law, and the Scope of the Exclusionary Rule (April 14, 2011). 99”, *Georgetown Law Journal*, núm. 107, 2011, p. 1099 (URL: <https://ssrn.com/abstract=1675115>, fecha de consulta: 7 de septiembre de 2024).

"En estos casos, la llamada doctrina del "fruto del árbol envenenado" admite una corrección a través de otra teoría, la del "descubrimiento inevitable". Es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, "conexión de antijuricidad", que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuricidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición".

Especial trascendencia tiene lo dispuesto por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, STS 2265/2013 que advierte en su FJ 3 que "no podrán ser valoradas -si se quiere, no surtirán efecto, en la terminología legal- aquellas pruebas cuyo contenido derive directamente de la violación constitucional. Por ejemplo, en el caso de que se declare la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, directamente no es valorable el contenido de tales escuchas, es decir, las propias conversaciones que se hayan captado mediante algún procedimiento de interceptación anticonstitucional. En el supuesto de que lo conculcado sea la inviolabilidad del domicilio, no podrá ser valorado el hallazgo mismo obtenido por tal espuria fuente. Significación de la prohibición de su obtención indirecta es más complicada de establecer, y ha de ser referida a las pruebas obtenidas mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas, siempre que exista entre ellas una conexión de antijuricidad, es decir que no concurren supuestos de desconexión como el hallazgo casual,

el descubrimiento inevitable o la flagrancia delictiva, entre otros. En cuanto a su naturaleza, la conexión entre unas y otras pruebas, no es un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada”.

Aclarado que el descubrimiento inevitable sólo puede aplicarse para aquellas pruebas que se denominen derivadas, indicar que la misma supone que es decir que el mismo resultado probatorio se hubiera obtenido irremediabilmente sin la vulneración del derecho fundamental, por lo que “autoriza la utilización y aprovechamiento probatorio de elementos probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita, pero que en la realidad se alcanzaron vulnerando derechos fundamentales.”²⁷² Asimismo, debe atenderse a que tal convencimiento (acerca de que se hubiera llegado a tal descubrimiento) debe quedar introducido en el proceso mediante una prueba (por ejemplo testifical), tal y como se expuso en la STS (Sala Segunda) 974/1997, de 4 de julio de 1997, Rec-1367/1996 FJ 4²⁷³.

²⁷² VELASCO NUÑEZ, *op. cit.*, pp. 10164-10165.

²⁷³ Se reproduce el texto de la meritada sentencia: "Sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del «descubrimiento inevitable». En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de Agentes de la Policía Autónoma Vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína «al por mayor». Es decir que «inevitablemente» y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada.

En consecuencia la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada

Dicha teoría ha sido duramente criticada por amplios sectores doctrinales por la falta de razonabilidad que supone operar con mera hipótesis o conjeturas²⁷⁴.

Otro ejemplo de que la doctrina del descubrimiento inevitable, de origen estadounidense -y creada para un sistema donde rige el principio de oportunidad- responde a criterios de conexión jurídica y no natural, lo evidencia el caso *Murray vs. US*, 487 US. 533 (1988), donde la policía, quien vigilaba a una serie de personas que eran sospechosas de traficar con drogas, decidió a la vista de los hechos que observaban entrar en un almacén donde constataron la existencia de droga. Tras ese descubrimiento, la policía solicitó al juez una orden de entrada y registro sin mencionar palabra alguna sobre la ilegítima entrada, y el Tribunal Supremo estadounidense consideró que la droga descubierta tras esa entrada y registro autorizada era fuente independiente, y no porque dejase de

y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues -con independencia de ello- las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención.

La limitación del «descubrimiento inevitable» debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de «buena fe», para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a «acelerar» por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente; buena fe que en este caso concurre pues se contaba con una autorización judicial correctamente obtenida, aun cuando el Tribunal sentenciador no la haya estimado válida por insuficiencia de motivación."

²⁷⁴ "Sin embargo, una doctrina como la del descubrimiento inevitable no me parece correcta porque puede conducir a condenas sin pruebas y apoyadas sobre meras hipótesis"; CEDEÑO HERNÁN, M., "Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional", *Cuadernos de Derecho Público*. INAP, nº10, 2000, p. 208

existir vinculación naturalística entre una y otra, sino porque el juez no recibió contaminación fáctica alguna de la ilegítima entrada por desconocerla totalmente, de forma que jurídicamente no concurría ninguna circunstancias que permitiese atisbar una actuación conscientemente contraria a derecho.

Nótese que la anterior decisión es armoniosa con las pautas establecidas en *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984)²⁷⁵, por cuanto independientemente de la ilegal verificación por el agente (no comunicada al Juez), existían elementos suficientes para admitir la existencia de causa probable para autorizar dicha entrada, no afectando existencia de una falsedad a los elementos que configuran el presupuesto habilitador para la injerencia autorizada por la autoridad judicial.²⁷⁶

3. La excepción del nexo causal atenuado

En base a la misma sistemática opera la que doctrina conoce en España como “nexo causal atenuado” que se aplicó originariamente para el caso *Wong Sun vs. US* (371 US 471, 1963)²⁷⁷, y que, a grandes rasgos, desconecta también de manera jurídica una serie de declaraciones voluntarias prestadas tras una serie de detenciones ilegales, de modo que la libre declaración prestada se trata

²⁷⁵ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/> , fecha de consulta 12 de abril de 2024.

²⁷⁶ La deferencia que se otorga a la determinación de un magistrado de que existe causa probable para expedir una orden judicial no impide que se investigue la falsedad consciente o imprudente de la declaración jurada en que se basó esa determinación, y los tribunales también deben insistir en que el magistrado pretenda desempeñar su función neutral e imparcial y no servir simplemente como un sello de aprobación para la policía. Además, los tribunales de revisión no se inclinarán por una orden judicial basada en una declaración jurada que no proporcione al magistrado una base sustancial para determinar la existencia de causa probable.

²⁷⁷ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>, fecha de consulta: 10 de agosto de 2024.

como una fuente independiente, ya que la misma fue prestada voluntariamente por quien es titular de la acción subjetiva del derecho fundamental.

La creación de la doctrina de la atenuación (*attenuation*) corresponde realmente a de los *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975)²⁷⁸ en un caso donde, tras un arresto ilegal, se practicaron una serie de sucesivas declaraciones donde el investigado emitió una serie de declaraciones que resultaron incriminarle en un homicidio (tras la lectura de los derechos de la Ley Miranda en todas ellas).

La Corte Suprema Estadounidense fijó doctrina en aquella resolución, suprimiendo tales confesiones por la proximidad temporal de una detención abiertamente ilegal y acabó por refinarla *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978)²⁷⁹ en donde se excluyó la posibilidad de suprimir las declaraciones vertidas por testigos tras un descubrimiento inconstitucional de un agente.

Dicha excepción también ha sido importada a nuestra jurisprudencia, aunque lo cierto es que la excepción del nexo causal atenuando puede acoger la excepción de la fuente independiente. Como ejemplo de ello, el caso de la sustracción del Códice de la Catedral de Santiago de Compostela, donde existían plurales indicios contra el acusado y tras acordarse la intervención de sus comunicaciones y la colocación de escuchas inconducentes (se habla de dato neutro), se practicó una entrada y registro domiciliaria donde se halló el Códice, la STS (Sala Segunda) 747/2015, de 19 de noviembre, Rec.686/2015,

²⁷⁸ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/422/590/>, fecha de consulta: 10 de agosto de 2024.

²⁷⁹ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/268/>, fecha de consulta: 10 de agosto de 2024.

concluyó en su FJ 5.2 que" puede aseverarse incluso que la desvinculación entre esta diligencia y los registros domiciliarios ha de encuadrarse más en el plano de la causalidad natural u ontológica que en el de la antijuridicidad. Pues al no hallarse dato relevante alguno en las escuchas del interior de la vivienda que determinara la decisión de registrarla, difícilmente puede decirse que desde la perspectiva de la causalidad natural fuera la diligencia anulada el factor desencadenante de los registros".

En lo que afecta a otros supuestos, resulta que la declaración auto- inculpatória de un investigado, producida en vista de materiales incriminatorios ilícitamente incautados o descubiertos, tampoco cabe resolverla atendiendo exclusivamente a que la confesión del encausado constituye una fuente probatoria (*a priori*) independiente (o sea causalmente desvinculada), sino que además habrá de determinarse si concurre o no una conexión antijurídica. Ello es conforme a una doctrina jurisprudencial que supedita la validez de lo así reconocido a varias exigencias destinadas a preservar una conciencia y voluntad claras sobre la situación y sus consecuencias, así como -especialmente- el transcurso de un período de seguridad que las garantice.

La STS (Sala Segunda) 321/2014, de 3 de abril, Rec. 465/2013, expone los criterios jurisprudenciales²⁸⁰ a efectos de admitir la desconexión jurídica:

"a) La eficacia de la prueba ilícita merced a la desconexión de antijuridicidad tiene carácter excepcional, según tiene afirmado reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

²⁸⁰ Asumen tal criterio, entre otras, la STS (Sala Segunda) 406/2010 de 11 de mayo, Rec. 11067/2009 o la STS (Sala Segunda) 617/2010 de 22 de junio, Rec. 11561/2009.

b) La declaración debe practicarse ante el juez previa información al inculpado de sus derechos constitucionales, en particular del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, con posibilidad de guardar silencio o de no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulan.

c) El imputado ha de estar debidamente asistido del letrado.

d) Cuando se presta la declaración en que se admiten los hechos no debe estar acordado el secreto de las actuaciones, ya que ello limitaría notablemente el derecho de defensa. e) Debe tratarse de una declaración voluntaria y espontánea, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar dicha voluntariedad [...]

f) No han de ser declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho punible descubierto mediante la diligencia o actuación procesal que luego se declara constitucionalmente ilícita. Ha de concurrir por tanto cierto distanciamiento en el tiempo entre la fecha de la acción delictiva (y, en su caso, la detención) y la admisión por el imputado de la ejecución del hecho delictivo, como forma de garantizar la espontaneidad y voluntariedad de la declaración.”

Entendemos que la mayor problemática referente a la “prueba jurídicamente independiente” versa sobre las declaraciones efectuadas por los investigados respecto del material que se ha incautado con vulneración de los derechos fundamentales, pues nadie puede obviar que:

a) El imputado/acusado tiene a la vista la realidad material de lo incautado o descubierto.

b) Que, pese a que la prueba sea ilícita, la declaración del imputado es una fuente probatoria (a priori) independiente.

c) Que en nuestro ordenamiento la confesión sirve como atenuante, lo que sumado al punto a) y a la incertidumbre respecto de cuál sería la valoración del Juez o Tribunal, genera una importante constricción en la libertad de la estrategia defensiva del imputado/acusado, cuyo silencio incluso podría traerle determinadas consecuencias.

La STC 136/2006²⁸¹, de 8 de mayo, admite esa desconexión de antijuridicidad cuando:

"Las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. Y al examinar el problema desde lo que denomina perspectiva externa, se refiere a la separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado afirmando que atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental'. Parece innecesario advertir que reconocimiento de hechos y admisión de contenidos del medio ilícito de prueba son conceptos de alcance

²⁸¹ STS (Sala Segunda) 136/2006 de 8 de mayo, Rec. 1142/2002.

bien diverso. La excepcionalidad de admisión de la desconexión obliga a considerar las circunstancias del caso concreto. La confesión en juicio oral puede estimarse desconectada de la antijuridicidad de la obtención ilícita de fuentes si aquella tiene contenidos autónomos más allá de la recuperación de tales contenidos ilícitos (...)"

Por el contrario, cuando no existe ese otro elemento autónomo, la antijuridicidad originaria del conocimiento derivado de las fuentes a que alcanza, determina la ilicitud de los elementos de juicio que impiden enervar la presunción de inocencia. Así deriva de la constante jurisprudencia de la que puede citarse la STS 1432/2011²⁸² de 16 de diciembre.

En el ámbito doctrinal la problemática no resultó exenta de debate, pues en palabras de Barreiro: "parece contradictorio y poco coherente el establecer, por una parte, que la diligencia es nula de pleno derecho y que no produce, en consecuencia, efectos probatorios de ninguna clase y después, por otra, concluir que la declaración del inculpado es suficiente para admitir la tenencia de la droga. Y resulta contradictorio porque al admitir este último medio de prueba estamos dándole operatividad y eficacia a la propia diligencia de reconocimiento. Primero, porque al acusado le preguntamos sobre una pieza de convicción que se ha obtenido en una diligencia nula de pleno derecho y absolutamente ineficaz. Por lo tanto, se le interroga acerca de una sustancia estupefaciente que jurídicamente no existe. Segundo, porque sin esa diligencia es evidente que el acusado habría negado la tenencia de la droga. Y tercero, porque también resulta claro que el Tribunal con sólo la declaración auto inculpatoria del

²⁸² STS (Sala Segunda)1432/2011, de 16 de diciembre, Rec. 496/2011

acusado, y suprimiendo de la mente de los Magistrados la existencia del registro, no habrían seguramente dictado una condena”²⁸³.

Sin ánimo de desvirtuar el objeto de la presente investigación, lo deseable sería en todos los supuestos donde se dote de plena validez a la declaración auto inculpatoria del acusado (pese a la inconstitucionalidad de la prueba) deberá concederse la atenuante analógica de confesión muy cualificada, pues dicho supuesto se encuadraría de pleno en la exigencia impuesta por la STS (Sala Segunda) 809/2004, de 23 junio, Rec. 117/2003 (FJ4):

“esta Sala ha entendido que la circunstancia analógica de colaboración con la justicia requiere una aportación que, aun prestada fuera de los límites temporales establecidos en el artículo 21.4a del Código Penal , pueda ser considerada como relevante a los fines de restaurar de alguna forma el orden jurídico perturbado por la comisión del delito”.

No se trata de que “la confesión de los acusados, en este caso la de los coimputados, corroborada por otras pruebas, no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas en que se prestaron (SSTC 86/1995, de 6 de junio, FJ 4, y 161/1999, FJ 4)”, pues este argumento opera respecto de la validez de la prueba, sino que necesariamente debe incorporarse al valor subjetivo añadido a la misma en orden a determinar la pena que se deba imponer.”

²⁸³ BARREIRO, A. J., “La prueba ilícita en el proceso pena”, *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación*. Volumen II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, p. 237.

4. La doctrina del hallazgo casual

También podemos atender a la regla determinada por el denominado descubrimiento o hallazgo casual. Cabe resaltar que, en principio, dicha regla opera en aquellos supuestos donde en el marco de unas diligencias de investigación se obtienen evidencias o pruebas de otros delitos que no estaban siendo objeto de investigación, lo que se sitúa en una zona gris entre la prueba directa y la derivada.

Las doctrinas relativas al hallazgo casual se asemejan, aun sin reconocerlo expresamente nuestros Tribunales, a la doctrina Estadounidense de la “*plain view*”, que se recoge en el caso *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971)²⁸⁴, la que entiende que la policía puede aprovecharse de aquellos elementos delictivos que encuentre en una entrada y registro, siempre y cuando la observancia de tales elementos se produzca en el contexto de una posición legal del observador, que la entidad delictiva sea notoria y evidente a la vista, y que se den determinadas circunstancias necesarias para obviar la obtención de autorización judicial. No obstante lo anterior, dicha doctrina ha evolucionado mediante una primera insinuación formulada con carácter de *obiter dictum* en el caso *United States v. Johns*, 469 US 478 at 486 (1985)²⁸⁵ aceptándose finalmente en el caso *United States of America v. Emilio Arturo Martinez-Miramontes* (494 F.2d 808 *United States Court of Appeals, Ninth Circuit*)²⁸⁶ la

²⁸⁴ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/443/>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2024.

²⁸⁵ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/469/478/>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2024.

²⁸⁶URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/494/808/112586/>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2024.

licitud del registro sin autorización judicial por parte de la policía en cuanto a aquellos objetos que, únicamente por “olor” (a marihuana en el último caso expuesto), se podría alcanzar una sospecha (se habla de probabilidad) de que estén relacionados con algún tipo de delito, denominándose “*plain smell doctrine*”, y que extiende la originaria “*plain view doctrine*” a la totalidad de las circunstancias previas y contemporáneas al hallazgo.

En España, la doctrina viene resumida en la STS (Sala Segunda) 167/2010, de 24 de febrero, Rec.11146/2009, con referencia en su FJ 3 a otros precedentes, como la STS (Sala Segunda) 315/2003, de 4 de marzo, Rec. 2233/2001, que admitió la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante. La teoría de la flagrancia ha sido, pues, una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales, y también la de la regla de la conexidad de los arts. 17.5 y 300 LECrim., teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente "adición".

Además, la STS (Sala Segunda) 742/2003, de 22 de mayo, Rec. 2385/2001, en su FJ 2, hace recordatorio de que:

"autorización judicial para la entrada y registro se concreta en actividades delictivas concretas, ello, sin embargo, no supone que el hallazgo de efectos o instrumentos que se refieren a conductas delictivas distintas queden desamparados de la autorización judicial que cubre la intromisión en la esfera privada que entraña un domicilio".

Parece evidente que se ha impuesto en la doctrina de la Sala una posición favorable a la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado.

Añade esta última sentencia que no se puede seguir el mismo criterio valorativo -empleado para los supuestos de entrada y registro- cuando se trata de una intervención telefónica. En esta, por su propia naturaleza, presupone una prolongación temporal que permite, en los casos de escuchas referidas a otras conductas delictivas distintas, una ampliación de la autorización judicial habilitante. No sucede lo mismo con las entradas y registros, que se caracterizan por su realización en unidad de acto, de ahí que si en su práctica apareciera objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia.

En referencia al Tribunal Constitucional, mencionamos la Sentencia 49/1996, de 26 de marzo, entendió que la constitución no exige en modo alguno, que el funcionario que se encuentre investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentasen a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales (y también que, el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 LECrim.

Frente a ello, debemos añadir que la problemática estriba cuando el funcionario que se encuentre investigando unos hechos de apariencia delictiva se encuentre en una posición de observación incompatible con las exigencias constitucionales.

Cada una de las sentencias descritas refiere a su vez la existencia de una consolidada jurisprudencia en el mismo sentido. El hallazgo casual de efectos que pudieran ser constitutivos de un objeto delictivo obliga a los funcionarios de la policía judicial que realizan la investigación y, en su caso, a los funcionarios de la Administración de Justicia, a su intervención y a la realización de aquellas diligencias necesarias para la investigación del delito para su persecución.

Por otro lado, se ha llegado a considerar que el hallazgo casual participa de la naturaleza de la flagrancia que permite el registro e intervención de efectos, por lo que si, como sucede en el hecho objeto de la impugnación, el Juzgado de instrucción proporcionó en la investigación un mandamiento de entrada y registro para la intervención de objetos de procedencia ilícita y se obtuvieron efectos que podían constituir el objeto de un delito contra la salud pública, la intervención de los mismos se enmarca en una correcta actuación por parte de los funcionarios de policía judicial toda vez que el registro se practicó con observancia de la legalidad, constitucional y procesal, existió la debida proporcionalidad y los efectos intervenidos lo fueron casualmente, lo que se corrobora por la suspensión del registro para que en la diligencia intervinieran perros para ayudar a la intervención de sustancias tóxicas".

No obstante, recalamos la acertada explicación que ofrece E. Jiménez Asenjo del delito flagrante como "aquel modo singular de conocimiento de la comisión de un delito o de recibir la *notitia criminis* por los órganos encargados de la prevención penal, caracterizado por su inmediatez material y directa con el hecho por ser sorprendido su autor *in ipsa perpetratione facinoris*"²⁸⁷.

En relación a lo anterior, entiende Portilla que dicha "noción explica acertadamente cómo la relación entre ambas figuras no es de identidad, sino no

²⁸⁷ JIMÉNEZ ASENJO, E., *Derecho procesal penal*, vol. II, Ed. Revista de Oerecha Fritado, Madrid, s.f., p. 271.

de género y especie. Si bien el delito flagrante es una a forma de *notitia criminis* no toda *notitia criminis* es delito flagrante"²⁸⁸.

Por otro lado, en relación a la flagrancia, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, la define como la "situación fáctica en la que el delincuente es 'sorprendido' - visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito", justificando ello una inmediata intervención, excusando la autorización judicial.

En semejante sentido, entre otras y, además de las resoluciones mencionadas en la anterior sentencia, la STS (Sala Segunda) 91/1999, de 1 de febrero, que afirma en su FJ 1.2:

"el hallazgo de elementos o datos directos o indiciarios de la comisión de un delito distinto del que dio lugar a la iniciación de las investigaciones, la doctrina más reciente de esta Sala viene estableciendo, en lo que respecta a los descubrimientos casuales de pruebas de otro delito distinto del inicialmente investigado, la posibilidad de su validez y de la adjudicación de valor probatorio a los elementos encontrados, siempre que se cumpla con el principio de proporcionalidad y que la autorización y la práctica del registro se ajuste a las exigencias y previsiones legales y constitucionales. Es evidente que el principio de proporcionalidad se respeta en el caso presente en cuanto que las pruebas encontradas se refieren a un delito grave (contra la salud pública) que justificaría autónomamente la concesión de una autorización habilitante para invadir el domicilio de la persona o personas sospechosas. Por otro lado, no podemos

²⁸⁸ MATIA PORTILLA, F. J., "Delitos flagrante e inviolabilidad del domicilio (Comentario a la STC 341/1993)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, núm 42 (septiembre-diciembre), 1994, p. 210.

olvidar que existe una resolución judicial que autoriza la entrada, con lo que se cubren los presupuestos constitucionales inexcusables para legitimar una intromisión en el domicilio ajeno y también se observa, que se han cumplido las previsiones legales en su práctica, habiendo asistido además a la diligencia el Secretario Judicial con lo que quedan salvadas las previsiones de la Ley Procesal, en cuanto a los requisitos formales necesarios para su validez."

La resolución anteriormente expuesta es contundente respecto de que los poderes públicos no pueden actuar con "ceguera deliberada²⁸⁹", pues nos recuerda que "la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE" (SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 a.) y 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9).

Debemos enfatizar la importancia de la posición jurídica de quien efectúa el hallazgo, y en relación a los descubiertos en el marco de unas diligencias de investigación, la STS (Sala Segunda) 981/2003, de 3 de julio, Rec. 2095/2002, en su FJ 2 establece que "lo que realmente otorga validez a la práctica de un registro, cualquiera que fuere, no es sino la correcta habilitación judicial para la ejecución del allanamiento domiciliario legal, en el momento en el que éste se lleva a cabo, con la entrada de los funcionarios en la vivienda objeto de la pesquisa."

²⁸⁹ El término original es el anglosajón; "*willfull blindness*", empleado por ejemplo en el caso *United States Court of Appeals, Seventh Circuit, US Court of Appeals for the Seventh Circuit* - 588 F.2d 835 (7th Cir. 1978).

Por otro lado, y estirando la concepción de Díaz Cabiale de que el hallazgo casual debe ser "concebido en términos amplios"²⁹⁰, enfatizamos que la referencia a que el hallazgo o descubrimiento casual no debe circunscribirse en el marco de unas diligencias de investigación en que se obtienen evidencias. Es perfectamente posible que el hallazgo casual se produzca sin que exista procedimiento de investigación alguno y sin intervención policial. Parece poco dudoso que sería legítimo el descubrimiento hecho por una persona que acceda a una vivienda para sofocar un incendio y encontrase una importante cantidad de cocaína. Por otro lado, y analizando el supuesto concreto de la STS (Sala Segunda) de 26 de junio de 2013, Rec. 2135/2012, que hemos examinado con anterioridad, parece claro que el proceder de la esposa sería admisible si hubiera encontrado los CD'S o DVDS en el vehículo que la misma usase.

Merece la pena referirnos a un caso específico, decidido en la STS (Sala Segunda) 879/2006, de 20 de septiembre, Rec. 10134/2006, donde unos bomberos, al acudir a una vivienda para sofocar un incendio descubren la existencia de un laboratorio de cocaína, a lo que llamaron a la policía local, quien procedió a aprehender sin existir resolución habilitante. Dicha resolución entendió en su (FJ 7):

"Así, como se ha dicho, aun considerando admisible la primera inspección, dada la situación de emergencia, la intervención de los agentes tendría que haber cesado de manera inmediata, para trasladar al juzgado la noticia de lo advertido y dar lugar así a una actuación ajustada a la legalidad."

²⁹⁰ DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Ed. Civitas, Madrid, p. 190.

La anterior resolución, donde se opta por absolver a los inicialmente condenados, choca frontalmente con el ejemplo dado en la ya analizada STC 173/2011, donde quien descubre la existencia del delito era un informático que reparaba un ordenador y descubrió pornografía infantil en su interior, y tras poner el ordenador en disposición de la policía, la misma accedió a su contenido sin resolución judicial habilitante.

La mayor problemática de la excepción del hallazgo casual radica en una constante interpretación expansiva de la excepción a la regla de exclusión, pues se acepta como *notitia criminis* aquellos descubrimientos efectuados en el curso de una diligencia derivada cuya nulidad quedaba determinada por la conexión de antijuricidad, cuando en muchas ocasiones, por la naturaleza y circunstancia del delito, por ejemplo en un delito informático de descubrimiento de secretos, no hay otro modo de probarlo.

Lo anterior no es baladí, por cuanto comprendemos que la ineficacia de los actos violatorios de los derechos fundamentales y libertades públicas da pie a no tomar en consideración, en ocasiones, ni tan siquiera la *notitia criminis* derivada de los hallazgos. En este mismo sentido, compartimos lo razonado por Díez Picazo²⁹¹, quien entiende que la regla de exclusión no solo abarca a la prueba sino a cualquier otra información cuyo conocimiento se deba, directa o indirectamente, a la violación de derechos fundamentales.

En este sentido, y con una argumentación poco contundente y relegando los derechos fundamentales a una especie de compartimentos estancos en cada procedimiento la STS (Sala Segunda) 811/2012, de 30 de octubre, Rec. 258/2012 en su FJ 12º afirmó lo siguiente:

"Lo primero que es necesario resaltar es que el referido registro es desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimo,

²⁹¹ DÍEZ PICAZO. *op. cit.*, p. 423.

conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional. Su anulación se ha producido, nueve años después de su realización, por el efecto reflejo de una prueba ilícita, pero en el momento de su práctica su constitucionalidad aparente podía perfectamente fundamentar una actuación de buena fe que llevase a la iniciación de una investigación separada e independiente de los indicios de otro delito distinto casualmente hallados en el registro".

La sentencia, partiendo del reconocimiento de que el registro practicado lo fue con ocasión de una lesión de derecho fundamental y, por lo tanto, absolutamente ineficaz, pasa a intentar justificar la posible valoración del conocimiento de otros delitos en base a la obligación de perseguirlos que da lugar a otro procedimiento. Lo anterior lo hace sin atender a los motivos que provocaron la invalidez tanto de la prueba originaria como la contaminación antijurídica del registro practicado, por lo que la posición de los agentes que descubren otros delitos en aquel registro no era constitucionalmente admisible, aunque hubiera resolución judicial. Prosigue la sentencia:

"Cuando esto sucede, si en un registro por tráfico de estupefacientes se hallan casualmente indicios de otro delito grave, por ejemplo, un secuestro o una red de sicarios dedicados a la comisión de homicidios como "ajustes de cuentas" entre traficantes, no solo es lícito, sino obligado, la iniciación de una nueva investigación sobre estas actividades criminales, por evidentes razones de seguridad pública y de tutela de los bienes jurídicos protegidos a través de dichas figuras delictivas.

Por ello, si posteriormente se acuerda la anulación del registro, como efecto reflejo de otra prueba anterior declarada ilícita, dicha anulación determinará la prohibición de utilización de las pruebas halladas directamente en el registro, como ya se ha

acordado en el caso actual con las armas, pero no necesariamente de las pruebas descubiertas como fruto de la nueva investigación independiente abierta por los delitos de homicidio o secuestro, pues el hallazgo casual de buena fe de indicios de un delito distinto en un registro intrínsecamente constitucional, constituye un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad.

Y ello siempre que no nos encontremos ante una injerencia llevada a cabo sin intervención judicial, ni ante una intervención acordada por resolución absolutamente inmotivada, sino ante una resolución judicial en que la expresión de sus fundamentos justificativos haya sido declarada insuficiente, pues en estos casos de la STC 81/98 se desprende que la necesidad de tutela inherente al derecho al secreto de las comunicaciones puede quedar satisfecha sin que resulte necesario extender ilimitadamente dicha prohibición a las pruebas derivadas.

Es más, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, por la que se reformaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vino a regular, en parte, estas situaciones, concretamente en los art. 579 bis y 588 bis i). Pese a dicha regulación, y al reconocimiento de utilización de dicho material en otra causa, dichos preceptos no desplazan en absoluto el contenido del art. 11.1 LOPJ, que se mantiene incólume. Por otro lado, los meritados artículos establecen un mecanismo de control y justificación de que al ordenar la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia sobre la que opera el hallazgo. No obstante, lo anterior, la problemática no se acaba de resolver cuando la legitimidad de dicha injerencia quedase comprometida por la aplicación del art. 11.1 LOPJ y su solución no es sencilla, ya que el nuevo conocimiento de un delito (*notitia criminis*) no deja de ser una información susceptible de ser valorada para la apertura de una causa".

De este pasaje podemos extraer que el Tribunal Supremo, incluso reconociendo que en ocasiones existen situaciones de duda que conllevan soluciones que no son "sencillas", no impide aplicar la excepción a la regla general, lo cual supone que efectivamente se vacía de contenido al art. 11.1 LOPJ²⁹². Tampoco podemos desatender al hecho de que, pese a ser la posición de los agentes constitucionalmente inadmisibles se habla de buena fe de los mismos, separando su actuación de la del juez instructor, que desde luego no es equiparable al juez de garantías estadounidense.

Frente a la anterior sentencia, y como buena muestra de la problemática expuesta, el propio Tribunal Supremo afirma, una vez más como una especie de postulado genérico, en el FJ 2.4.1 de la STS 400/2017, de 1 de junio, Rec. 1642/2017, que:

"esa doctrina de la validez del hallazgo casual presupone que el descubrimiento de los efectos que permiten afirmar la existencia de un segundo delito sumado al inicialmente perseguido, ha de producirse durante el desarrollo de una diligencia de registro no afectada de nulidad. Carecería de sentido que el hallazgo casual que aflora durante el desarrollo de un registro ilegal tuviera virtualidad para

²⁹² Resulta elocuente reproducir la STS (Sala Segunda) 1203/2002, de 18 de julio, rec. 3269/2000 (FJ3): "En este sentido, es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada «conexión de antijuridicidad» utilizada a efectos de amparo por el Tribunal Constitucional (TC SS 161 y 171/1999, ambas de 27 Sep. y 8/2000, de 17 Ene., entre otras), y acogida en ocasiones por esta Sala (por ejemplo, sentencia de 20 Abr. 2001, núm. 676/2001), pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11.1.º de la LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985."

convertir una vía de hecho inicialmente nula en un registro domiciliario constitucionalmente válido”.

G. LA REGLA DE EXCLUSIÓN TRAS LA STC 97/2019, DE 16 DE JULIO: DEL CASO CONOCIDO COMO "LISTA FALCIANI"

Transcurridos más de treinta y cinco años desde aquella STC 114/1984, sobre la que se inspiró el desarrollo normativo del legislador, apareció la STC 97/2019, de 16 de julio, que ha provocado un gran revuelo doctrinal.

La sentencia viene como consecuencia de un recurso de amparo interpuesto un condenado -por el delito de fraude fiscal- en base a la denominada "Lista Falciani".

Se sostenía por parte del demandante de amparo que su condena se basaba en exclusiva por el uso de dicha lista, que obraba en poder de Hervé Falciani, informático de la entidad bancaria suiza HSBC, quien se apoderó delictivamente de dichos datos, con vulneración del secreto bancario suizo. Dicha lista llegó a manos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante AEAT), tras solicitarla a las autoridades francesas, que tuvieron acceso a misma en virtud de una entrada y registro acordadas por la autoridad judicial competente.

Como antecedente a la STC 97/2019, de 16 de julio, debemos hacer referencia a lo que consideró el Tribunal Supremo (en la STS -Sala Segunda- 116/2017, de 23 de febrero, Rec. 1281/2016) en aquel procedimiento. Debemos hacer mención a su FJ6 , donde entendió lo siguiente:

“En definitiva, está fuera de discusión la necesidad de excluir el valor probatorio de aquellas diligencias que vulneren el mandato prohibitivo del art. 11 de la LOPJ. Pero más allá del fecundo debate dogmático acerca de lo que se ha llamado la eficacia

horizontal de los derechos fundamentales, es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del ius puniendi, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría. El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios, ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado. No rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas incriminatorias. Nada tiene que ver esa actuación con la de un agente al servicio del Estado. Lo que proscribe el art. 11 de la LOPJ no es otra cosa que la obtención de pruebas ("no surtirán efecto las pruebas obtenidas..."). Es el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal -entendido éste en su acepción más flexible- lo que queda afectado por la regla de exclusión cuando se erosiona el contenido material de derechos o libertades fundamentales.

Pues bien, la Sala entiende que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 de la LOPJ y, sobre todo, en

atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito.”

El Tribunal Supremo, con dicho argumento, no solo se alejó de lo que entendió en su día en la STS (Sala Segunda) 569/2013, de 26 de junio, Rec. 2135/2012 (y la menciona explícitamente) sino que incluso sostuvo una concepción y fundamentación de la regla de exclusión distinta a la sostenida por el Tribunal Constitucional en 1984, donde, por cierto, se reconoció dicha garantía objetiva, huérfana de regulación legislativa, en el marco de asunto que era conocido por la jurisdicción laboral.

A priori, el Tribunal Supremo parece haber incluido una nueva regla de excepción al art. 11.1 LOPJ, aplicable a la jurisdicción penal, donde el Estado puede aprovecharse de los conocimientos y efectos descubiertos por parte de un particular que no tiene una finalidad recabadora de elementos probatorios para la aportación a un procedimiento.

En cuanto a esa excepción, que puede operar ya no sobre prueba derivada sino también la directa, entendemos que la sentencia erróneamente la fundamenta en un origen histórico que, desde luego será el de los Estados Unidos, pero no se compadece con nuestro sistema constitucional. Como ya hemos expuesto, nuestro sistema no descansa sobre una pura finalidad disuasoria en relación a la actuación poderes públicos, existiendo más elementos susceptibles de valoración y en todo caso atender a la intensidad en la lesión del derecho fundamental.

Con este antecedente, el Tribunal Constitucional admitió el recurso por su especial trascendencia constitucional (art. 50.1 b) LOTC) y, en el FJ4 de la STC 97/2019, de 16 de julio, efectuó su aproximación sistemática en relación a la problemática, entendiendo en primer lugar que no existía la posibilidad de analizar si efectivamente hubo o no vulneración del art. 18 CE por cuanto no se

planteó por parte del demandante de amparo, por lo que no podía constituir ello objeto de debate, y por ello se reconducía el planteamiento al ámbito del art. 24.2 CE.

En ese ámbito, en su FJ 5, clave en la sentencia, entendió que:

"El sentido específico de la garantía del proceso debido incluida en el art. 24.2 CE es, así, el de proteger a los ciudadanos de la violación instrumental de sus derechos fundamentales que ha sido verificada, justamente, para obtener pruebas. Con ello, se protege la integridad del sistema de justicia, la igualdad de las partes y se disuade a los órganos públicos, en particular, a la policía, pero también a los propios particulares, de realizar actos contrarios a los derechos fundamentales con fines de obtener una ventaja probatoria en el proceso. Fuera de tales supuestos, esto es, cuando no existe una conexión o ligamen entre el acto determinante de la injerencia en el derecho fundamental sustantivo y la obtención de fuentes de prueba, las necesidades de tutela de dicho derecho son ajenas al ámbito procesal y pueden sustanciarse en los procesos penales o civiles directamente tendentes a sancionar, restablecer o resarcir los efectos de la vulneración verificada en aquel."

Finalmente, en su FJ 6, analizó la ponderación efectuada por parte del Tribunal Supremo, no compartiendo al unísono la fundamentación efectuada por la STS (Sala Segunda) 116/2017, de 23 de febrero, Rec. 1281/2016, en el caso enjuiciado, concluyendo (la negrita es nuestra):

"a) Con carácter general, **hay que tener presente que el dato de que la vulneración originaria del derecho sustantivo fuera cometida, en el caso que nos ocupa, por un particular, no**

altera en absoluto el canon de constitucionalidad aplicable desde la óptica del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), de suerte que la exclusión de los elementos probatorios obtenidos ha de ser, también en este tipo de supuestos, el punto de partida o regla general, si bien, en cada caso concreto, el órgano judicial puede apreciar, con arreglo a los parámetros que ya han sido expuestos, la ausencia de necesidades de tutela procesal en relación con la vulneración consumada, incorporando, en esos casos excepcionales, los elementos controvertidos al acervo probatorio."

Con ello el Tribunal Constitucional establece que en principio, la procedencia de la lesión, independientemente de que sea cometida por un poder público o por un particular, no debe alterar la regla general de exclusión, aunque no aclara que se esté tratando de un supuesto de prueba directa o refleja.

Prosigue la sentencia introduciendo lo que se denomina una conexión instrumental entre la actividad del particular y las actuaciones llevadas a cabo por las autoridades además de negar lesión del núcleo duro del derecho a la intimidad:

"b) El primer parámetro del juicio ponderativo se refiere a la "índole y características" de la vulneración originaria del derecho a la intimidad, siendo relevante valorar que, tal y como el Tribunal Supremo explica con profusión de argumentos en su sentencia casacional, estamos ante una intromisión en el derecho a la intimidad que **carece de cualquier conexión instrumental, objetiva o subjetiva, con actuaciones investigadoras llevadas a cabo por las autoridades españolas o por alguna parte procesal no pública. (...)**

c) A la misma conclusión se llega si se examina, también desde el punto de vista interno, el “resultado” de la violación consumada en el derecho a la intimidad. Puede advertirse que los datos que son utilizados por la hacienda pública española se refieren a aspectos periféricos e inocuos de la llamada “intimidad económica”. No se han introducido dentro del proceso penal datos, como podrían ser los concretos movimientos de cuentas, que puedan revelar o que permitan deducir los comportamientos o hábitos de vida del interesado (SSTC 142/1993, de 22 de abril, FJ 7, y 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4). Los datos controvertidos son, exclusivamente, la existencia de la cuenta bancaria y el importe ingresado en la misma. El resultado de **la intromisión en la intimidad no es, por tanto, de tal intensidad que exija, por sí mismo, extender las necesidades de tutela del derecho sustantivo al ámbito del proceso penal**, habida cuenta que, como ya se ha dicho, éste no tiene **conexión instrumental** alguna con el acto de injerencia verificado entre particulares."

Y concluye su razonamiento la sentencia modulando un distinto criterio de valoración para los derechos que se vulneren en el extranjero, añadiendo que no existe un riesgo pro-futuro de la efectividad de los derechos:

"Debe además recordarse que la intromisión en la intimidad se ha producido fuera del territorio donde rige la soberanía española, por lo que a la menor intensidad de la injerencia se une que “sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona [podría] alcanzar proyección universal” (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8).

d) De otro lado, y desde el punto de vista externo, tampoco existe un riesgo cierto de propiciar, con la admisión de la prueba controvertida, prácticas que comprometan *pro futuro* la efectividad del derecho fundamental en juego en el ordenamiento jurídico español, ya que, a diferencia de las circunstancias que pueden determinar una respuesta distinta en otro ordenamiento jurídico, en España no existen prácticas de opacidad bancaria amparadas por el poder público que puedan dar lugar a la proliferación de comportamientos de intromisión ilícita entre particulares como el que, en este caso, ha resultado discutido. Dicho en otras palabras: en España la obtención por parte de las autoridades de datos bancarios a efectos de desarrollar investigaciones tributarias o penales está prevista en la ley y resulta plenamente asequible a través de instrumentos procesales ordinarios. De hecho, en nuestro ordenamiento, sobre el obligado tributario pesa el deber jurídico de aportar a la hacienda pública datos bancarios como los ahora controvertidos (art. 93 de la Ley general tributaria). No se advierte, pues, tampoco desde un punto de vista externo, que exista una necesidad jurídica de extender al proceso penal la tutela del derecho a la intimidad en relación con una intromisión *inter privatos* como la verificada en el caso que nos ocupa. España no tiene un sistema jurídico de opacidad bancaria que exija instrumentalizar el proceso penal para prevenir este tipo de violaciones de derechos fundamentales verificadas entre particulares. Y no existe, obviamente, dentro del ordenamiento español de derechos fundamentales, una obligación de proteger instrumentalmente un sistema de este tipo, aunque pueda existir en otros estados."

Sin ánimo de entrar en un debate sobre la existencia o no de la vulneración del derecho a la intimidad del demandante de amparo en el caso concreto, entendemos que lo verdaderamente relevante es la aparente nueva

concepción y fundamentación que realiza el Tribunal Constitucional en su FJ 5, en relación a la aplicabilidad de la regla de exclusión, que, *a priori*, no opera cuando "no existe una conexión o ligamen entre el acto determinante de la injerencia en el derecho fundamental sustantivo y la obtención de fuentes de prueba, las necesidades de tutela de dicho derecho son ajenas al ámbito procesal y pueden sustanciarse en los procesos penales o civiles directamente tendentes a sancionar, restablecer o resarcir los efectos de la vulneración verificada en aquel".

El Tribunal Constitucional, frente al tajante postulado expuesto en su FJ 5 (donde lo primordial es la instrumentalidad de la obtención con fines procesales), a continuación, parece mitigarlo y reconducir la situación (y corregir el FJ6 de la STS 116/2017, de 23 de febrero, Rec. 1281/2016) en el FJ 6, al decir que "la vulneración originaria del derecho sustantivo fuera cometida, en el caso que nos ocupa, por un particular no altera en absoluto el canon de constitucionalidad aplicable" y que (la negrita es nuestra) "el resultado de **la intromisión en la intimidad no es, por tanto, de tal intensidad que exija, por sí mismo, extender las necesidades de tutela del derecho sustantivo al ámbito del proceso penal**, habida cuenta que, como ya se ha dicho, éste no tiene conexión instrumental alguna con el acto de injerencia verificado entre particulares."

Advertimos que tal razonamiento de la STC 97/2019 parte de una lectura un tanto peculiar del FJ 5 (por error se refiere al FJ 4) de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, pues se afirma en su FJ 3 que para que opere la denominada regla de exclusión debe necesariamente ligarse la vulneración con "una ruptura del equilibrio procesal entre las partes, esto es, una «desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro".

Lejos de ser ello un requisito para la STC 114/1984, de 29 de noviembre, a efectos de poder determinar la ineficacia de la prueba, más bien se refería a que en ocasiones también supondría una lesión añadida al art. 14 CE. Si ya estaba constatada la inadmisibilidad por vulneración por afección a la garantías del proceso mal se puede referir al provecho de quien la obtiene como requisito añadido para su inadmisibilidad. El FJ 5 de la STC 114/1984 exponía literalmente (la negrita es nuestra):

"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 recalado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro".

La lectura de lo anterior debe ir precedida de la máxima -relacionada con la inadmisibilidad- expuesta en el FJ4 de la STC 114/1984, de 29 de noviembre de que:

"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 infra constitucional pero no cuando se trate, de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad relegando a

un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso."

En definitiva, a nuestro entender, el Tribunal Constitucional tampoco deja claro si ha convalidado la excepción a la regla de exclusión del material probatorio recabado por particulares que no tienen la finalidad de obtenerlos con fines procesales. Parece ser que, en el ámbito penal, operaría como una posible mitigación del nexo de antijuricidad, debiéndose atender, en todo caso y -en cada caso- a la intensidad en la lesión del derecho fundamental afectado y, aunque tampoco perfila lo anterior con la necesaria claridad, nosotros lo identificamos con la aplicación de la teoría de la conexión de antijuricidad.

Por otro lado, a nuestro juicio, el Tribunal Constitucional parece seguir permitiendo, cuando la intromisión es de una intensidad suficiente, aplicar el concepto de preponderancia del derecho fundamental frente a la eficacia de la prueba, aunque la violentación no lo fuera con una instrumentalización procesal.

Esta indeseable indefinición parece radicar en el escollo que supone el art. 9.1 CE, el cual, a nuestro entender, irremediablemente determina -sea mejor o peor solución- que en nuestro sistema constitucional existe la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y por ello se debe establecer la necesidad de tutelar las lesiones provocadas en aquel ámbito.

En relación a lo anterior, el Tribunal Constitucional no se refiere de forma expresa a ningún cambio de criterio en relación a la STC 114/1984, de 29 de noviembre. Dicha resolución, cuando no existía desarrollo legislativo alguno, no se refirió solamente a la problemática o encrucijada de la vulneración en relación a la prueba en el ámbito procesal, sino que se basó, con carácter previo a la existencia de cualquier estado procesal -y de manera expresa- que "esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección

Primera del capítulo segundo del título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales".

Parece evidente que el Tribunal Constitucional, en su STC 114/1984, distinguió, sin demasiado disimulo, la nulidad de los actos en sí mismos considerados con respecto a la ineficacia de las pruebas en el procedimiento, no existiendo identidad de razón lógica en establecer una especie de convalidación de dicha nulidad de aquellos actos (naturalmente concebidos) por la transformación de aquellos en prueba.

Tampoco parece factible extraer, respecto de esa primigenia concepción, otras finalidades distintas al mero dolo, negligencia u error inexcusable en la violación de los derechos fundamentales, lo cual es coherente con la protección objetiva de los mismos, ya que no pueden - a nuestro juicio - ser incluidos en el supuesto de hecho -del art. 11.1 LOPJ- de la norma aquellas situaciones donde no se busca la lesión de aquellos derechos y libertades o no se actúa con desprecio a los mismos.

Esa idea de nulidad de los actos violatorios (incluyendo a los particulares), que nace de nuestra propia sistemática en su conjunto, parece que operaba incluso como límite infranqueable para el legislador para la regulación de la garantía objetiva. No alcanzamos a comprender el hecho de que los órganos judiciales hayan acabado por modular lo que parecía estar vedado hasta para el legislador, a tenor de la STC 114/1984, la cual no ha sido explícitamente contradicha.

Cabe recordar que el propio Tribunal Supremo, hacía menos de un lustro, consideraba en su STS (Sala Segunda) 569/2013, de 26 de junio, Rec. 2135/2012 (en relación con la obtención de pruebas por un particular sin aquella finalidad) que cualquier otra interpretación supondría reescribir el precepto, a lo que añadimos que tampoco parece claro que el legislador tuviera aquella disponibilidad. La STC 114/1984, de 29 de noviembre, parecía vedar el poder

dar aquel sentido finalístico -de acopio probatorio- que se superpone cumulativamente a la valoración sobre la aplicabilidad de la doctrina de la buena fe (o a las decisiones alejadas de las necesarias exigencias de tutela) en la vulneración de un derecho fundamental.

Considera Asencio Mellado²⁹³, en una directa censura la STC 97/2019, de 16 de julio, que, tomada dicha decisión "desconociendo que se trata de un precepto que desarrolló una garantía procesal constitucional, como había sostenido desde siempre y el TS no se atreve a negar tajantemente aunque lo haga de hecho, afirma que el art. 11.1 LOPJ, la exclusión probatoria, no puede interpretarse de forma rígida o estereotipada, sino que ha de acomodarse a las circunstancias del caso y a los intereses en juego. Es decir, que reitera, aunque en este caso aplicándolo a la prueba directamente obtenida violentando derechos fundamentales, que la admisión de la ineficacia de tal prueba deriva siempre de un «juicio de experiencia», de un análisis de cada caso, de los intereses en juego, aunque concurren en el supuesto concreto los mismos elementos de análisis, es decir, una vulneración de derechos fundamentales y una norma que establece, sin excepciones, la ineficacia de la prueba así obtenida. No es, debería entenderse en este sensible marco, que se deba o pueda interpretar la norma en vigor rígida o flexiblemente; es que no admite interpretación por su claridad, siendo aplicable a nuestro parecer la máxima clásica «*in claris non fit interpretatio*». Máxime cuando el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 114/1984, dejó meridianamente claro que operada tal violación, si existiera una norma expresa, la ineficacia debería ser declarada automáticamente."

²⁹³ ASECIO MELLADO, *La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz... op. cit.*

Vescovi supeditaba la protección irradiadora a procurar no premiar al sujeto vulnerador (lo que se asemeja -sin identificarse en sus fundamentos- al *clean hands doctrine*²⁹⁴), entendiendo que "la proclamación de las libertades se hace por su valor en sí, por lo que representa como defensa de la persona humana, y entonces deben reclamarse frente a todos. Podríamos mencionar muchos derechos protegidos contra la agresión ilegítima de personas individuales, no del Estado. Por lo demás, el fenómeno societario moderno hace que se deban reforzar, también, las defensas de los derechos humanos frente a otros grupos ajenos al estado."²⁹⁵

En relación con lo anterior, lo cierto es que la STC 97/2019, de 16 de julio, no da explicación alguna a por qué el planteamiento constitucional, pacífico hasta entonces, debía ser reconsiderado. Paradójicamente tampoco manifiesta reconsiderarlo. Ello ha generado una natural confusión a los operadores jurídicos, que han llegado a reprochar la mutación de los fundamentos establecidos en la STC 114/1984.²⁹⁶

Así pues, *per saltum*, la "violentación", al menos en el proceso penal, **y sin aclararse si se refiere en exclusividad sobre la prueba refleja**, ya no solo descansa en el dolo, actuación negligente o aquella sin la debida observancia de

²⁹⁴ Dicha doctrina estadounidense, que opera fuera de los procedimientos penales, se expuso en *Keystone Driller Co. v. General Excavator Co.*, 290 U.S. 240 (1933), entendiendo que "siempre que una parte que, como actor, pretenda poner en marcha la maquinaria judicial y obtener algún remedio haya violado la conciencia o la buena fe u otro principio equitativo en su conducta anterior, entonces se le cerrarán las puertas del tribunal in limine; el tribunal se negará a intervenir en su nombre, a reconocer su derecho o a concederle cualquier reparación" (URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/290/240/>, fecha de consulta: 5 de diciembre de 2024).

²⁹⁵ VESCOVI, E., "Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita (Una contribución compartista a la aproximación entre el "Civil Law y el "Common Law", Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, núm. 2, 1970, p. 360.

²⁹⁶ En este sentido MUÑOZ ARANGUREN, *op. cit.*, p.316; "quizá el mayor reproche que merece".

la tutela de los derechos (independientemente sobre quien recaiga) para lesionar el derecho, sino que además debe valorarse la finalidad (de difícil prueba, valga la redundancia) del sujeto lesionador cuando se trate de un particular. Por otro lado, tampoco se da respuesta a los actos violentadores de los derechos fundamentales de los agentes estatales cuando no persiguen ninguna finalidad investigadora y si por ejemplo deben ser tratados como particulares.²⁹⁷

Para Asencio Mellado los errores fundamentales sobre los que pivota la STC 97/2019, de 16 de julio, son:

- a) "El TC, no creó ningún derecho, ni la exclusión de la prueba ilícita tiene origen jurisprudencial. El TC se limitó, como bien afirmaba en aquellos tiempos de gran prudencia, a declarar que este derecho o garantía estaba ínsito en el sistema de derechos" y
- b) "no siendo el derecho de origen jurisprudencial, sino meramente declarado por la jurisprudencia que reconoció su existencia, no es a los tribunales a los que compete su desarrollo y menos aún delimitar su alcance y efectos" ²⁹⁸.

²⁹⁷ Hemos hecho mención a *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978), caso que resumimos: Ronald Biro, un oficial de policía uniformado, entró en la floristería Sleepy Hollow y, durante una conversación con la empleada Lois Hennessey, descubrió un sobre que contenía dinero y recibos de pólice, que indicaban actividades de juego. El sobre pertenecía al dueño de la tienda, Ceccolini. Biro informó sus hallazgos a los detectives, lo que llevó a la participación del FBI. Más de tres años después, este incidente tuvo como resultado que se decidiera si se debía suprimir el testimonio de Hennessey contra Ceccolini por perjurio. Ceccolini fue acusado de negar su participación en operaciones de juego.

²⁹⁸ ASECIO MELLADO, *La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz... op. cit.*,

En definitiva, en nuestra modesta opinión, lo más censurable de la STC 97/2019 es que la misma no acaba por cumplir la propia finalidad del art. 50.1 b) de la LOTC:

a) al no dar explicación de si su doctrina anterior, la establecida en la STC 114/1984, resultaba desproporcionada por establecer la taxativa nulidad de los todos actos violatorios que provinieran de los particulares, procurando reformular, con indicación de su verdadero alcance, una interpretación directa de aquella garantía objetiva, que se refería expresamente a la prueba directa y no a la refleja.

b) al no referirse a los límites interpretativos en denominados juicios de ponderación o de proporcionalidad que reconoce que hay que aplicar al caso concreto. Y con relación a lo anterior, del significado constitucionalmente admisible de los términos "violentando" y "obtener" que precisamente aparecen en el art. 11.1 LOPJ.

Lo cierto es que consideramos que esa falta de respuesta quizá ha quedado disimulada por el propio Tribunal Constitucional al introducir -por los problemas que da el art. 9.1 CE- la posibilidad de valoración del elemento (descontextualizado en la debida sistemática) de la "gravedad de la infracción" del derecho, lo que permitiría -para apreciar la regla de exclusión- incluso prescindir de la finalidad de obtención probatoria por los particulares.

Ello nos permite concluir que efectivamente sería razonable pensar que se ha consolidado, como poco, una nueva excepción a la regla de exclusión que va más allá de la de la buena o mala fe que debe compadecerse como una especie de nexo causal atenuado (en los supuestos de prueba refleja) en relación con que se debe estimar como elemento debilitador:

a) el sujeto vulnerador del derecho, cuando se trate de un particular, no buscaba -en su decidido cometido a vulnerar los derechos fundamentales- obtener material probatorio y

b) la concreta intensidad de la afección del derecho fundamental en cuestión.

Por otro lado, entendemos que la lesión en aquel caso no afectaba al núcleo duro y quizá hubiera sido más conveniente aplicar la doctrina del hallazgo casual. Lo anterior evitaría las tensiones propias de que parezca rechazarse que cuando la intensidad en la afección del derecho fundamental o libertad pública sea clara y respecto de su núcleo duro, la finalidad -de recabar o no pruebas para un procedimiento- del sujeto violentador y naturaleza pública o privada pueda salvar la eficacia del medio probatorio. Evadir lo primero, además, implica suplantar la función del legislador, quien ya entendió (al igual que la STC 114/1984, de 29 de noviembre) que verificada una violentación del derecho fundamental o libertad pública, la prueba no podía ser valorada.

Así pues, reivindicamos que, desde nuestro punto de vista, violentar no implica que toda lesión o vulneración conlleve la imposibilidad de valorar la prueba (y permite que opere con naturalidad la vulneración provocada al amparo de las exigencias de la doctrina de la buena fe). Por otro lado, "obtener", desde luego, no puede ser interpretado en el sentido finalista de buscar material probatorio, ni tener un sentido distinto según el caso, pues la regla es común a todas las jurisdicciones y ello afectaría a la necesaria seguridad jurídica, con los problemas que comporta la redacción del art. 9.1 CE.

Además, consideramos obvio que las necesidades de tutela de los derechos y libertades deben apreciarse cuando su afección al núcleo duro lo sea por un comportamiento incluso -proveniente de los particulares- doloso, negligente o a través de un error inexcusable, sobre todo cuando estamos ante la denominada prueba directa.

Quizá sea ese el mayor escollo del art. 11.1 LOPJ y, precisamente, la imposibilidad de dotar del necesario valor unitario al término "obtener", que

obviamente no puede ser interpretado en alternativa. Dotar al verbo obtener del alcance finalista que se pretende (para justificar determinados casos), acabaría por excluir del ámbito del art. 11.1 LOPJ toda aquella prueba alcanzada sin una finalidad de recabar material probatorio, lo cual parece algo que implícitamente se rechaza de manera absoluta por el Tribunal Constitucional, indefinición que aboca en la necesidad de sustituir dicha norma, cuya interpretación es incoherente, por la aplicación del juicio de ponderación.

Encontramos que buena muestra de esta problemática se pone de manifiesto en la STSJ de Galicia (Sala de lo Social) 925/2023, de 15 de febrero, Rec. 6281/2022, que trataba sobre convalidación o no de una prueba ilícita obtenida por un particular que no buscaba recabar material probatorio ninguno. En esa resolución, pese a tratarse de un supuesto de prueba directa, advertimos cómo se aplican los criterios valorativos que antes eran innecesarios a ese supuesto concreto, propios del ámbito de la teoría de la conexión de la antijuricidad. En su FJ2 entiende:

"Para realizar este juicio de ponderación, la jurisprudencia constitucional (STC 97/2019, de 16 de julio) tiene en cuenta si la violación del derecho fundamental ha estado instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionalmente exigibles, si la violación del derecho fundamental es de tal intensidad que afecta su núcleo axiológico primordial, y si existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración. En el caso de autos, la prueba no se ha obtenido de manera instrumental, pero la violación del derecho fundamental es de tal intensidad que afecta al núcleo axiológico primordial de la privacidad, y, además, existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración con el fin de que no se reiteren en el futuro situaciones similares".

Ya para concluir, existe una indeseable tensión interpretativa del art. 11.1 LOPJ donde, sin decirlo expresamente²⁹⁹, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo pretende que abrazar un modelo de pura ponderación de intereses al caso concreto, utilizando para ello una libertad interpretativa incompatible con la actual posición y significado posible del art. 11.1 LOPJ así como la STC 114/1984, de 29 de noviembre.

En definitiva, a la función jurisdiccional nos encomendaremos con la esperanza de que se cumpla la máxima de que “el órgano judicial debe considerar los derechos fundamentales, en la medida en que valen; no valen ellos porque un juez o tribunal así lo decide”³⁰⁰.

H. UN CAMINO HACIA LA PREPONDERANCIA DEL "IUS PUNIENDI"

Parece obvio que nuestro sistema se ve abocado, por medio de resoluciones judiciales, a ir desplazándose hacia un sistema de ponderación al caso concreto que se fundamenta en la idea de un proceso justo con todas las garantías.

²⁹⁹ Lo anterior se intuye de las palabras de MARCHENA GÓMEZ, M., “La “Sentencia Falciani” ¿hacia un nuevo concepto de prueba ilícita entre particulares?”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 3, 2017 (Ejemplar dedicado a: La prueba en el proceso penal), p. 56: Se impone, por tanto, una llamada a la necesidad de ponderar en función del caso concreto, las circunstancias en la que esa fuente de prueba ha sido obtenida y, al propio tiempo, la intensidad de afectación del derecho fundamental que ha podido verse erosionado. No se trata desde luego de propugnar una fórmula de balanceo de los derechos e intereses un juego como función sanadora de hipotéticas vulneraciones que hayan podido relacionarse .

³⁰⁰ DOEHRING, K., cit. ERICHSEN, H.U., “Die Drittwirkung der Grundrechte”, *Juristische Ausbildung*, 18. Jahrgang, 1996, pp. 529-530.

Es necesario reconocer el hecho de que, con abandono a nuestra histórica concepción objetiva de los derechos fundamentales, existe una irreversible tendencia a adoptar los fines del efecto disuasorio estadounidense, que opera sólo sobre los investigadores y no sobre el conjunto de la ciudadanía.

Esta nueva realidad implica tener que cuestionarse lo que las sentencias parecen querer orillar³⁰¹, esto es, el debate sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En relación a ello, nadie puede negar la necesidad de aplicar un efecto disuasorio frente al conjunto de la ciudadanía en aquellas situaciones donde la lesión del derecho fundamental o la libertad pública proviene de un acto doloso, aunque la intención inicial no fuera la de la búsqueda de material probatorio, pues el art. 9.1 CE es el que es.

Esa necesidad parte de la idea de que quien lesiona un derecho de esa índole (sobre todo en la esfera de la intimidad), abre la puerta a descubrir cualquier dato u hecho (incluso delictivo) propio de aquella intimidad que debe ser efectivamente protegida y salvaguardada frente a cualquier sanción, aunque ello fuera implicara renunciar a una posible condena, que no tiene la consideración de derecho fundamental, precisamente.

Tampoco se puede descuidar el hecho de que al exigirse que, para que opere la ineficacia de los actos el particular que recabe pruebas, esté relacionada con la conducta de los agentes de la autoridad, de forma que no se extiende a las pruebas obtenidas ilícitamente por un particular si se aprecia que actuó sin vinculación alguna con el ejercicio estatal del *ius puniendi*, no deja de plantear

³⁰¹ STS -Sala Segunda- 116/2017, de 23 de febrero, Rec. 1281/2016, FJ6: Pero más allá del fecundo debate dogmático acerca de lo que se ha llamado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría.

problemas de prueba sobre aquel extremo; más en la una sociedad informatizada donde el anonimato es bienvenido.

Como muestra de lo anterior basta atender al hecho de que el 25% de los hackers en los Estados Unidos son -de manera secreta- informantes del FBI o de los servicios secretos³⁰² y que la carga probatoria de demostrar tal extremo, correspondiendo a quien entendiera violentado su derecho, sería diabólica. Lo anterior ya fue advertido por Gálvez, quien aseveraba que se llegaría al absurdo de que la policía se valga de la actuación ilícita de terceros³⁰³, a lo que añadimos que la dificultad probatoria de tales supuestos resulta, en el marco de un mundo digital, demasiado dificultosa.

Sería ingenuo pensar que la mutación de la fundamentación de la denominada regla de exclusión no descansa en la idea de que se pretende asegurar condenas, todo en base a valores y principios que no constituyen un derecho fundamental sino que más bien pertenecen a postulados propios al campo de la moral³⁰⁴ y al valor superior de la Justicia, con el correspondiente

³⁰² URL: <https://www.theguardian.com/technology/2011/jun/06/us-hackers-fbi-informer>, fecha de consulta: 22 de octubre de 2024.

³⁰³ GALVEZ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 111.

³⁰⁴ Debemos destacar sobre lo anterior las reflexiones de GARCÍA AMADO, *op. cit.*, pp. 27 y ss: Llegamos así al carácter paradójico de este principialismo constitucional de corte moralizante. Los principios constitucionales referidos a derechos fundamentales de los ciudadanos son mandatos morales del máximo nivel y que tienen que ser optimizados por encima de todo, pero tal optimización debe ceder ante excepciones fundadas en otros principios constitucionales o en simples requerimientos prácticos que ni siquiera tienen tal anclaje en principios iusfundamentales de derechos. Podría sintetizarse tal planteamiento diciendo que la Constitución quiere, y quiere con la fuerza de su suprema jerarquía normativa, lo mejor para el ciudadano y sus derechos, pero que lo mejor es enemigo de lo bueno. ¿Y quién realizará tan difícil síntesis entre lo bueno y lo mejor? Si creemos que se tratará de un inevitable y legítimo ejercicio de discrecionalidad, podemos pensar en dos candidatos para tomar la decisión pertinente, el legislador, por un lado, y los jueces y Tribunal Constitucional, por otro. Pero en ese caso la balanza tendría que inclinarse del lado del legislador, en virtud de los “principios” democrático y de soberanía popular, con su reflejo en los derechos políticos de los

sacrificio de la concepción objetiva de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Prosiguiendo con la problemática, en relación a las investigaciones en un mundo digitalizado y el camino escogido, especial relevancia tienen la operación *Trojan Shield* así como aquellas relacionadas con la aplicación *EncroChat*.

La operación *Trojan Shield* fue llevada a cabo por el FBI y concluyó con multitud de detenidos (más de 800) por la revelación del contenido de las conversaciones efectuadas en una aplicación denominada ANOM. La particularidad de esa investigación radica en que el FBI, en conjunción con investigadores australianos, llegaron a un acuerdo con los propietarios de la aplicación informática *Phantom Secure* (usado por criminales para poder blindar la confidencialidad de sus conversaciones) a efectos de diseñar una nueva aplicación, llamada ANOM, a la que los investigadores podrían acceder incluso a tiempo real, incluyendo su geolocalización. Pero ello no era todo, puesto que el FBI procuró introducir dicha herramienta por los circuitos con los que se iba

ciudadanos. Así que el principialismo va a evitar esa conclusión tirando por el camino de en medio: negando la discrecionalidad de los jueces y del Tribunal Constitucional cuando resuelven ese tipo de dilemas caso por caso. Así como el legislador valora y discrecionalmente decide sobre qué grado de preferencia o realización dar a uno u otro de esos principios constitucionales enfrentados, el juez constitucional haría algo bien distinto de valorar con libertad el mejor modo de configurar el ordenamiento jurídico en ese punto o la solución del caso al que las normas correspondientes se aplican: el juez constitucional pondera, averigua el peso respectivo de los principios en contienda a la luz de las circunstancias particulares del caso, y, mediante ese método, descubre con gran objetividad lo que la Constitución exige como solución. Y así es como el Tribunal Constitucional puede poner a los derechos constitucionales, importantísimos, tan morales, tan decisivos, tan llamados a la optimización, los límites y matices que mejor le parezcan. Discrecionalidad contra discrecionalidad, gana siempre la última, si su titular no se autocontrola para no hacer de la Constitución norma con un sólo precepto, el que autoriza esa discrecionalidad última.

distribuyendo el programa *Phantom Secure*³⁰⁵, sobre la que se afirmaba que se usaba exclusivamente por criminales, a efectos de disipar en la medida de lo posible de que se tratara de una investigación general y prospectiva.

Pero, por otro lado, resulta elocuente advertir cómo, el FBI **a)** tuvo que recurrir a situar los servidores de ANOM en un tercer país no revelado (parece ser que se trataba de Lituania³⁰⁶) y **b)** que estaba vetada el acceso a aquellas conversaciones donde uno de los participantes estuviera geolocalizado en los Estados Unidos. En definitiva, parece evidente que se trataba de una investigación tan general como prospectiva, censurada por el contenido y alcance de la Cuarta Enmienda en lo concerniente al “*probable cause*”.

No obstante lo anterior, las pruebas obtenidas por parte de dicha operación fueron compartidas con terceros estados (España entre ellos) y en una inequívoca actuación investigativa coordinada por multitud de países, se ejecutaron en 16 países (**a excepción de EEUU, donde naturalmente se respetaron los derechos de sus ciudadanos, propios de la Cuarta Enmienda**) las correspondientes entradas y registros simultáneos (8 de junio de 2021), siendo la constitucionalidad de esa investigación controvertida y pendiente -a fecha de hoy- de ser definitivamente resuelta.

En relación a las investigaciones derivadas de los terminales *EncroChat*, se debe recalcar que Francia logró hackear (mediante autorización judicial, a la vista de que se verificó el uso de tales terminales por delincuentes) y descifrar la base de datos (cuyo servidor se situaba en Francia, concretamente en *Roubaix*)

³⁰⁵ Nota de prensa del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (URL: <https://www.justice.gov/usao-sdca/pr/fbi-s-encrypted-phone-platform-infiltrated-hundreds-criminal-syndicates-result-massive>, fecha de consulta 14 de octubre de 2024).

³⁰⁶ FINDER J., “*Operation Trojan Shield: The Covert Sting That Unraveled the World*”, 9 de noviembre de 2024 (URL: <https://www.lawyer-monthly.com/2024/11/operation-trojan-shield-the-covert-sting-that-unraveled-the-underworld/>, fecha de consulta 29 de noviembre de 2024).

de tal aplicación para luego introducir un virus espía en la totalidad de los terminales de *EncroChat* a través de una actualización de *software*, pese a que la misma no era usada exclusivamente por usuarios que tuvieran fines delictivos, afectándose la medida, además, a usuarios del mundo entero.

Dicho hackeo, al amparo de una autorización judicial, dio lugar a que se compartieran los datos e informaciones de actividades delictivas a terceros estados con las consiguientes detenciones y apertura de procedimientos penales (un incontestable éxito según *Eurojust* y *Europol*³⁰⁷) con la automática recepción de tal material probatorio en base al principio de no indagación.

Frente a ello, se ha pronunciado la Gran Sala del TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2024 (C670-22)³⁰⁸, en base a una cuestión prejudicial del *Landgericht Berlin*, considerando este último que **a)** el hecho de que los datos de dicho servicio no hubieran sido conservados por un operador de telecomunicaciones a raíz de un requerimiento administrativo, sino fueran inmediatamente recogidos por las autoridades de investigación francesas no justifica, sino agrava a su juicio la injerencia en los derechos fundamentales de los afectados; **b)** interpretaban que una orden europea de investigación para el ejercicio de acciones penales debe ser adoptada siempre, con independencia de las normas nacionales de competencia en una situación nacional comparable, por un juez que no esté encargado de las diligencias concretas de investigación, cuando el control de proporcionalidad previsto en el artículo 6, apartado 1, letra a), de dicha Directiva exija una ponderación compleja de los intereses en juego y se refiera a vulneraciones graves de derechos fundamentales; **c)** que

³⁰⁷ Nota de prensa conjunta *EUROJUST* y *EUROPOL* (URL: <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe>, fecha de consulta: 16 de octubre de 2024).

³⁰⁸URL:<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=285365&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=1248451>, fecha de consulta: 18 de octubre de 2024.

una orden europea de investigación por la que se solicite acceso a datos obtenidos mediante la intervención de telecomunicaciones con fines de enjuiciamiento penal solo cumple los requisitos de necesidad y proporcionalidad establecidos en el artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva 2014/41 si existe, contra cada uno de los afectados, una presunción, basada en hechos concretos, de participación en un delito grave; **d)** que quien sea parte en un procedimiento judicial tenga la posibilidad real de formular observaciones sobre las pruebas y que ello es aplicable, en particular, cuando las pruebas proceden de un ámbito técnico en el cual el órgano jurisdiccional competente y la parte del procedimiento no disponen de conocimientos especializados.

Frente a ello, debemos reseñar las conclusiones segunda, tercera y quinta de la meritada sentencia de la Gran Sala:

“2) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2014/41

debe interpretarse en el sentido de que

no se opone a que un fiscal adopte una orden europea de investigación que tenga por objeto la transmisión de pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución, cuando dichas pruebas hayan sido obtenidas a raíz de la intervención por dichas autoridades, en el territorio del Estado de emisión, de telecomunicaciones de la totalidad de los usuarios de teléfonos móviles que permiten, gracias a un *software* especial y a un material modificado, una comunicación cifrada de extremo a extremo, siempre que esa orden cumpla todos los requisitos previstos, en su caso, por el Derecho del Estado de emisión para la transmisión de tales pruebas en una situación puramente interna de dicho Estado.

3) El artículo 31 de la Directiva 2014/41

debe interpretarse en el sentido de que

una medida relacionada con la infiltración en aparatos terminales, con objeto de extraer datos de tráfico, de localización y de comunicación de un servicio de comunicación basado en Internet, constituye una «intervención de telecomunicaciones», en el sentido de dicho artículo, que debe notificarse a la autoridad designada a tal efecto por el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la persona que sea objeto de la intervención. En el supuesto de que el Estado miembro que realice la intervención no esté en condiciones de identificar a la autoridad competente del Estado miembro notificado, esta notificación podrá dirigirse a cualquier autoridad del Estado miembro notificado que el Estado miembro que realice la intervención considere idónea para ello.

5) El artículo 14, apartado 7, de la Directiva 2014/41

debe interpretarse en el sentido de que

obliga al juez penal nacional a excluir, en el marco de un procedimiento penal incoado contra una persona sospechosa de haber cometido hechos constitutivos de delito, determinada información y determinadas pruebas si dicha persona no está en condiciones de comentar eficazmente esa información y esas pruebas y si estas pueden influir destacadamente en la apreciación de los hechos.

Por fortuna, la anterior resolución parece haber frenado la innegable expansividad del denominado principio de no indagación en la recepción de material probatorio en posesión de un tercer estado de la Unión Europea, así como las condiciones para la validez de actuaciones con afeción transfronteriza de derechos fundamentales, aunque lo cierto es que en España el Tribunal

Supremo ya venía estableciendo, como por ejemplo el FJ 4 de la STS (Sala Segunda) 471/2017, de 23 de febrero, Rec. 1281/2016 que: "la histórica vigencia del principio *locus regit actum*, de dimensión conceptual renovada a raíz de la consolidación de un patrimonio jurídico europeo, no puede convertirse en un trasnochado adagio al servicio de la indiferencia de los órganos judiciales españoles frente a flagrantes vulneraciones de derechos fundamentales. Incluso en el plano semántico la expresión principio de no indagación, si se interpreta desbordando el ámbito exclusivamente formal que le es propio, resulta incompatible con algunos de los valores constitucionales comprometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional."

No obstante, la consideración de flagrante es merecedora de un juicio de valor que debe operar tras la obtención de la información necesaria en relación a aquellas pruebas, asistiendo al acusado un derecho oponible al tribunal y de allí la importancia de la quinta conclusión de la sentencia de la Gran Sala del TJUE.

Otra problemática que advertimos es la equiparación de lo que no es equiparable. Al respecto, resulta altamente preocupante el *obiter dictum* de la STS (Sala Segunda) 145/2023, de 2 de Marzo, Rec. 10339/2022, situado en su FJ4:

"En materia de ilicitud probatoria no juega el principio *in dubio*. En caso de incertidumbre no hay que optar por la ilicitud de la prueba necesariamente. Solo cuando eso aparezca como lo más probable."

Lo expuesto implica una posición conceptual en la que, de manera abierta, se concede preponderancia al *ius puniendi* frente a la violentación de los derechos fundamentales y libertades públicas en aquellos supuestos donde existiera incertidumbre en los resultados del juicio ponderativo.

Esa solución implica una interpretación contraria ya no solamente al art. 11.1 LOPJ, siendo competencia del legislador la configuración de aquella garantía objetiva, sino a la debida sistemática constitucional y a la posición superior de los derechos fundamentales y libertades públicas en nuestro ordenamiento, ya que de manera flagrante se invierte la regla general, reconocida desde la STC 114/1984 (FJ 4) de ineficacia, por la de eficacia.

Parece evidente que, siendo pacífico que la norma general³⁰⁹ era la de aplicar la regla de exclusión, tal interpretación no cumpla ni con las exigencias interpretativas exigibles incluso en el campo de la mera legalidad, *con que* “la exégesis y subsunción de la norma no incurra en quiebras lógicas y sea acorde a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica”³¹⁰.

³⁰⁹ STC 81/1998, de FJ4: El problema surge, pues, cuando, tomando en consideración el suceso tal y como ha transcurrido de manera efectiva, la prueba enjuiciada se halla unida a la vulneración del derecho, porque se ha obtenido a partir del conocimiento derivado de ella.

Pues bien: en tales casos la regla general, tal y como hemos expresado en diversas ocasiones (SSTC 85/1994, fundamento jurídico 5º; 86/1995, fundamento jurídico 3º; 181/1995, fundamento jurídico 4º; 49/1996, fundamento jurídico 5º) y reafirmamos expresamente ahora, es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla incurso en la prohibición de valoración ex art. 24.2 C.E.

Sin embargo, a la vez que establecíamos la doctrina general que acabamos de exponer, y habida cuenta de que, como hemos dicho repetidamente, los derechos fundamentales no son ilimitados ni absolutos (STC. 254/1988, fundamento jurídico 3º), en supuestos excepcionales hemos admitido que, pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia (SSTC 86/1995, fundamento jurídico 4º y 54/1996, fundamento jurídico 9º).

³¹⁰ STC 91/2009, de 20 de abril en su FJ 6 y STC 153/2011, de 17 de octubre, en su FJ 8.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La regla de exclusión (*exclusionary rule*), originariamente, fue creada por la jurisprudencia estadounidense. Su fundamento fue dar respuesta a la necesidad de dotar de eficacia efectiva y futura a los derechos reconocidos en la Cuarta Enmienda mediante el *deterrence effect* (efecto disuasorio). Paulatinamente, su fundamentación ha ido descansando en proteger -además- la Quinta y Decimocuarta Enmienda, identificándose cada vez más con esta última, más específicamente al proceso debido (*due process*).

La aplicación de la regla de exclusión (*exclusionary rule*) nunca ha perseguido ningún fin reparador del concreto derecho vulnerado y opera con dos premisas:

- a) Solamente podrá aplicarse en supuestos donde se constate mala fe o negligencia grave en el comportamiento de los investigadores y, en todo caso,
- b) Cuando el tribunal aprecia que la exclusión de aquel material probatorio servirá de modo efectivo para evitar aquellos concretos comportamientos en el futuro.

El ámbito de aplicación de la regla de exclusión (*exclusionary rule*), en los sistemas angloamericanos, se circunscribe, en exclusiva, a los procedimientos penales y no opera respecto de las evidencias o comportamientos de los particulares -donde deben regir los *Civil Rights Acts*- así como tampoco a otros miembros de la administración.

La jurisprudencia estadounidense aplica la regla de exclusión (*exclusionary rule*) como último remedio. Por ello, incluso reconociendo que pueden extenderse los efectos de la licitud probatoria a pruebas derivadas, se han construido paulatinamente, caso a caso, una serie de doctrinas

jurisprudenciales que impiden la posibilidad de que se tenga que expulsar material probatorio.

SEGUNDA

Nuestro sistema constitucional pertenece, a diferencia del estadounidense, al constitucionalismo moderno. La concepción objetiva de los derechos fundamentales, superada su originaria concepción subjetiva, les dota de efectivas garantías -explícitas y objetivas/institucionales- que vinculan tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos (9.1 y 10.1CE). Igualmente, los derechos fundamentales no son ilimitados ni absolutos.

Ello implica que nuestra sistemática sea distinta a la estadounidense, lo que supone tener que conjugar, para abordar nuestros problemas, distintos intereses, principios y valores, respetando en todo caso la prioridad propia que se establece por el propio sistema constitucional, sobre todo por la afección de los derechos fundamentales y libertades públicas a la totalidad de los ciudadanos.

TERCERA

En 1984, el Tribunal Constitucional, al constatar un vacío legal en lo referente al tratamiento de la prueba ilícita directa estableció unas claras pautas en relación a la misma, reconociendo la existencia de una garantía objetiva por la interpretación de la Carta Magna en su conjunto, que debía ser desarrollada por el legislador y que deriva de la nulidad radical de todo acto - público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales. Del mismo modo, no se reconoció un derecho fundamental autónomo a la expulsión de la prueba ilícita pero, no

obstante, se estableció un claro elemento de preponderancia de los derechos fundamentales y libertades públicas frente, incluso, *el ius puniendi*.

Consideramos que dichas pautas, aplicables a todos los órdenes jurisdiccionales, eran coherentes con un sistema constitucional moderno, adaptando el *deterrence effect* estadounidense a la concepción objetiva de los derechos fundamentales.

CUARTA

Entendemos que con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, dicha laguna legal dejó de existir. El Legislador, con la implantación del art. 11.1 LOPJ, reconoció la existencia de dicha garantía objetiva y reguló una regla de exclusión calcada a la definición de la garantía objetiva que ofreció la STC 114/1984.

Con ello se conformó un sistema, aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales, en todo tipo de procesos, donde el legislador optó por negar valor probatorio a las pruebas obtenidas con violentación -tanto directa como indirecta, proveniente de cualquier acto de naturaleza pública o privada- de los derechos fundamentales.

Además, y aunque ello no fuera tratado explícitamente en la STC 114/1984, extendió su ineficacia a las denominadas pruebas "*derivadas*", con clara inspiración en la doctrina del árbol envenenado (*poisonous tree doctrine*) que fue reconocida en el año 1920 por la Corte Suprema Estadounidense en el caso *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*.

QUINTA

La regla de exclusión regulada en el art. 11.1 LOPJ no ha tenido una vida fácil, sobre todo en el ámbito del derecho penal.

Se constata un constante intento de readaptar el significado y alcance del art. 11.1 LOPJ y lamentamos advertir que esos intentos siempre han estado encaminados a restringir los supuestos donde pueda operar regla de prohibición valorativa.

Dicha tendencia se ha nutrido, casi en exclusiva, de la importación de doctrinas estadounidenses, para conformar un sistema de excepciones a la regla general del art. 11.1 LOPJ, la cual es tajante.

SEXTA

En relación a la excepción de la buena fe, que opera sobre las pruebas directas, afirmamos que la misma se construye por una irreflexiva importación directa de la doctrina estadounidense, sin atender al significado del término "violentando" del art. 11.1 LOPJ, el cual no puede ser equiparado a la mera vulneración de un derecho fundamental o libertad pública. Tal término ya implica la existencia de dolo, negligencia grave o error inexcusable por parte de quien lesiona el derecho.

Por lo tanto entendemos que no cabe hablar de excepción de la norma, sino que el propio art. 11.1 LOPJ, debidamente interpretado, ya excluye de la prohibición a aquellos supuestos donde se advierta la buena fe o error objetivamente excusable de quien vulnere un derecho fundamental o libertad pública.

Por otro lado, la denominada excepción de buena fe -en base a una inidónea interpretación del término "violentar"- ha contribuido a normalizar la

existencia de excepciones.

SÉPTIMA

En relación a la prueba refleja, identificamos a la denominada doctrina de la “conexión de la antijuricidad” , avalada por el Tribunal Constitucional en 1998, como el soporte argumentativo que permite dar abrigo a un sistema de excepciones -que no son ajenas a la doctrina de la buena fe- a la aplicación de la regla de exclusión, por directa importación de las doctrinas estadounidenses. De igual modo, ello ha permitido introducir con cierta naturalidad el denominado juicio de proporcionalidad, que ha ido expandiendo los elementos a conjugar hasta incluso desplazar la regla de preponderancia hasta situaciones extremas.

Se reconoce por parte de los Tribunales que su aplicación no ha sido pacífica y en ocasiones, su aplicación ha llegado a resultar zigzagueante. Tampoco podemos perder de vista que nuestro sistema y el estadounidense tienen notorias diferencias y existe una especie tendencia a la indiscriminada importación de la sistemática constitucional estadounidense.

Con ello, a través del juicio de proporcionalidad, se ha permitido incluso sortear la aplicación del art. 11.1 LOPJ (que no contempla graduaciones) a pruebas reflejas donde existe una causalidad jurídica débil.

OCTAVA

Una adecuada interpretación del art. 11.1 LOPJ, dotando del correcto sentido al término violentar, permite aplicar, sin que ello constituya una excepción, la doctrina de la buena fe, que tampoco debe operar en los casos de error inexcusable.

Tampoco podemos hablar de excepción a la regla del art. 11.1 LOPJ en los supuestos de prueba jurídicamente independiente, que no siempre ha

sido apreciada con arreglo al triple criterio de la teoría de la conexión de la antijuricidad.

En cuanto a los nexos causales debilitados, en muchas ocasiones se deben identificar con la denominada prueba jurídicamente independiente. Debemos matizar que las confesiones, conscientes y voluntarias, suponen un ejercicio o renuncia de la faceta subjetiva de los derechos en juego, formando parte de su propia naturaleza y configuración.

Por lo que corresponde al hallazgo casual, entendemos que su tratamiento obedece al campo de la prueba directa pues, lo verdaderamente relevante, es la posición del sujeto en términos constitucionales, siendo posible sustentarla en la doctrina de la buena fe.

En relación al descubrimiento inevitable, tampoco encuentra cobijo en la teoría de la conexión de la antijuricidad, por cuanto puede afectar a la valoración de una prueba directa y ello en base a la certeza de una hipótesis que precisamente no ha conducido al apoderamiento del material probatorio.

En definitiva, el art. 11.1 LOPJ, en lo relativo a la prueba refleja, parece tener dificultades para poder subsistir. Ello se revela a que se acuden a excepciones y una confusa teoría de difícil encaje, que desfigura el sentido de sus términos al tener que coexistir con la prueba directa.

NOVENA

Las sentencias del denominado caso “Lista Falciani” han confirmado el interés en la jurisdicción penal de no compartir el originario sentido y alcance del art. 11.1 LOPJ así como tampoco la argumentación de la STC 114/1984, de 29 de noviembre.

Se revela una inclinación tendente a sustituir aquel sistema por uno donde se incorpora la discrecionalidad de los tribunales -en base al juicio de ponderación en cada caso- sobre si debe poderse valorar o no una prueba,

pero sin respetarse la debida sistemática de nuestro propio modelo constitucional.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo interpreta actualmente que si la violación del derecho proviene de un particular que no pretendía efectuar acopio probatorio no debe operar la regla contenida en el art. 11.1 LOPJ, sin considerar el alcance del art. 9.1 CE y, fundando lo anterior, en base a la historia del constitucionalismo estadounidense. Esta problemática se alza como evidente en la denominada prueba directa, más que en la refleja, a la que la STC 114/1984, de 29 de noviembre, no se refirió expresamente.

Fundamenta lo anterior mediante un método comparativo con otros sistemas e, implícitamente, rechaza la interpretación efectuada en la década de los 80 por el Tribunal Constitucional y el legislador.

En definitiva, se ha reformulado la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en la STC 114/1984, de 29 de noviembre y sobrepasado los límites interpretativos que la propia Sala Segunda se impuso en la STS (Sala Segunda) 569/2013, de 26 de junio, Rec. 2135/2012.

Ello ha provocado una quiebra en nuestro sistema constitucional, por cuanto el término obtener -incluso en la prueba directa- puede tener varios significados, con debilitación a la concepción objetiva de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Así pues, la violación de aquellos derechos y libertades por un particular, cuando no se persiga una finalidad probatoria, puede determinar una relativización del peso de la lesión del derecho, cuando lo cierto es que la dolosa afcción al núcleo duro implicaba la prohibición valorativa y ello, insistimos, es especialmente relevante en la denominada prueba directa.

DÉCIMA

Tampoco se puede desatender al hecho de que, con esta nueva interpretación, en ciertos casos y atendiendo a la realidad propia de un mundo digitalizado, existirá una indeseable dificultad de determinar los verdaderos motivos del particular para la violentación -dolosa o por error inexcusable- del derecho fundamental, sumado a la realidad empírica de que el órgano judicial encargado de la ardua tarea de ponderación tampoco disponga (sin la posibilidad circunstancial de que acusado pueda efectivamente tan siquiera indiciar lo contrario) de los medios probatorios necesarios -no solo a fin de llegar a una conclusión en un sentido u otro- sino también de haber podido fundamentar su decisión en base a suficientes elementos sobre los que, objetivamente, se pueda inferir un solvente convencimiento sobre la posibilidad o no de valorar la prueba.

UNDÉCIMA

El Tribunal Constitucional, en el año 2019, parece haber validado tal interpretación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Para ello, no ofrece una explicación propia que contradiga a la interpretación dada en su STC 114/1084, sino que realiza una particular reelaboración de aquella sentencia que -consideramos- no se compadece con lo que Tribunal Constitucional consideró en aquel entonces.

Sostenemos que la nueva interpretación es *contra legem* y atenta contra la seguridad jurídica deseable.

El art. 11.1 LOPJ es común a todas las jurisdicciones y la finalidad de recabar material probatorio por parte de un particular (que se identifica en aquel precepto como obtener) no puede tener, según qué casos, sentidos y consecuencias contrapuestas. Además, no se puede equiparar en el mismo plano la prueba directa y la refleja, ni aplicar soluciones de la segunda a la primera, ni mucho menos importar acríticamente a la primera, la sistemática

del modelo estadounidense.

Además, consideramos que la censurada indefinición del Tribunal Constitucional -con argumentos alejados de la deseable construcción axiológica- parte, en gran medida, por la imposibilidad de ignorar el art. 9.1 CE.

En materia de prueba ilícita, entendemos que su ineficacia opera cuando la lesión transgrede el núcleo duro de los derechos y libertades públicas (sin necesidad de mayores graduaciones una vez verificado aquel alcance) sumando a una actuación -independientemente de quién la efectúe- que no se compadezca con lo que se entiende por buena fe, sobre todo en lo relativo a la prueba directa, donde entendemos que la protección de los derechos fundamentales debe surtir su máxima eficacia.

DUODÉCIMA

La problemática ya no es propia del art. 11.1 LOPJ, sino al verdadero sentido y alcance de aquella garantía objetiva reconocida en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, que parece haber quedado desfigurada.

La indeseada indefinición de aquella garantía objetiva implica que ya no tenga ningún sentido mantener la actual redacción de art. 11.1 LOPJ y su reformulación resulta ya -por coherencia- imprescindible, ya que sus términos se interpretan de manera incoherente, por ser un sistema que, en principio, afectaba por igual a la prueba directa y a la refleja.

DÉCIMO TERCERA

Creemos que a la vista de los antecedentes, y además, por puro pragmatismo, resulta apropiado acabar por asimilar, con reconocimiento normativo, un modelo basado en el juicio de ponderación al caso concreto. Lo anterior precisará de reformar el procedimiento penal, a efectos de dotar al

sistema de la coherencia y eficacia que merece el tratamiento de la prueba ilícita, donde se debe reforzar la posibilidad de que su valoración lo sea en base a que, efectivamente, se posibilite conocer suficientemente de las circunstancias sobre las que la decisión deba sustentarse.

De igual modo, debe reforzarse la innegociable preponderancia de los derechos fundamentales y libertades públicas, que deben prevalecer en situaciones grises.

En cuanto al art. 11.1 LOPJ , sin perder de vista que opera en todas las jurisdicciones, proponemos la siguiente redacción:

“En toda clase de procesos, los medios de prueba -tanto directos como derivados- que se hubieran recibido u obtenido con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas, tras el oportuno juicio ponderativo, serán ineficaces si merecieran tal consideración”

No obstante lo anterior, entendemos que con ello no se zanjarán las discusiones sobre la prueba ilícita pues; personas razonables pueden tener distintas opiniones, también razonables, sobre lo que es o no es razonable.

DÉCIMO CUARTA

Parece pues que, podemos concluir, que la prueba ilícita no tiene dos -sino más asas- por lo que nunca será manejable.

ANEXO: Selección de la jurisprudencia más relevante

1. Tribunal Constitucional, España:

STC 25/2005, de 14 de febrero

STC 114/1984, de 29 de noviembre

STC 127/2000, de 16 de mayo

STC 171/1999, de 24 de septiembre

STC 207/1996, de 16 de diciembre

STC 292/2000, de 30 de noviembre

STC 49/1999, de 5 de abril

STC 81/1998, de 2 de abril

STC 91/2009, de 20 de abril

STC 153/2011, de 17 de octubre

STC 128/2007, de 4 de junio

STC 15/1982, de 23 de abril

STC 127/1994, de 5 de mayo

STC 74/1987, de 25 de mayo

STC 188/2009, de 10 de julio

2. Tribunal Supremo, España:

STS (Sala Segunda) 941/2016, de 15 de diciembre, Rec. 657/2016

STS (Sala Segunda) 980/2016, de 11 de enero, Rec. 1498/2016

STS (Sala Segunda) 569/2013, de 26 de junio, Rec. 2135/2012

STS (Sala Segunda)489/2018, de 23 de octubre, Rec.1674/2017

STS (Sala Segunda) 1203/2002, de 18 de julio, Rec. 3269/2000

STS (Sala Segunda) 457/1999, de 19 de julio, Rec. 2103/1998

STS (Sala Segunda) 511/2015, de 21 de julio, Rec. 686/2015

STS (Sala Segunda) 885/2002, de 21 de mayo, Rec. 937/2001

STS (Sala Segunda) 974/1997, de 4 de julio de 1997, Rec.1367/1996

STS (Sala Segunda) 747/2015, de 19 de noviembre, Rec.686/2015

STS (Sala Segunda) 406/2010 de 11 de mayo, Rec.11067/2009

STS (Sala Segunda) 617/2010 de 22 de junio, Rec.11561/2009

STS (Sala Segunda) 406/2010 de 11 de mayo, Rec. 11067/2009

STS (Sala Segunda) 617/2010 de 22 de junio, Rec. 11561/2009

STS (Sala Segunda) 136/2006 de 8 de mayo, Rec. 1142/2002

STS (Sala Segunda)1432/2011, de 16 de diciembre, Rec. 496/2011

STS (Sala Segunda) 809/2004, de 23 junio, Rec. 117/2003

STS (Sala Segunda) 167/2010, de 24 de febrero, Rec.11146/2009

STS (Sala Segunda) 315/2003, de 4 de marzo, Rec. 2233/2001

STS (Sala Segunda) 742/2003, de 22 de mayo, Rec. 2385/2001

STS (Sala Segunda) 91/1999, de 1 de febrero

STS (Sala Segunda) 981/2003, de 3 de julio, Rec. 2095/2002

STS (Sala Segunda) 879/2006, de 20 de septiembre, Rec. 10134/2006

STS (Sala Segunda) 811/2012, de 30 de octubre, Rec. 258/2012

STS (Sala Segunda) 400/2017, de 1 de junio, Rec. 1642/2017

STS -Sala Segunda- 116/2017, de 23 de febrero, Rec. 1281/2016

STS (Sala Segunda) 145/2023, de 2 de marzo, Rec. 10339/2022

STS (Sala Segunda) 471/2017, de 23 de febrero, Rec. 1281/2016

3. Tribunal Superior de Justicia, España:

STSJ de Galicia (Sala de lo Social) 925/2023, de 15 de febrero

4. Corte Suprema de los Estados Unidos:

Weeks v. United States 232 US 383 (1914),

URL:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/>, fecha de consulta: 6 de marzo de 2024.

Boyd v. United States 116 US 616 (1886),

URL:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>, fecha de consulta: 8 de marzo de 2024.

Entick v. Carrington and Three Other King's Messengers,

URL:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/643/#656>, fecha de consulta: 13 de marzo de 2024.

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961),

URL:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/643/#656>, fecha de consulta: 13 de marzo de 2024.

Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968),

URL:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/#29>, fecha de consulta: 13 de marzo de 2024.

United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974),

URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/338/#348>, fecha de consulta: 13 de marzo de 2024.

One 1958 Plymouth Sedan v. Pennsylvania, 380 U.S. 693 (1965),

URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/380/693/>, fecha de consulta: 14 de marzo de 2024.

Gelbard v. United States, 408 U.S. 41 (1972), URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/41/#63>, fecha de consulta: 15 de febrero de 2023.

Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009),

URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/555/135/>, fecha de consulta 23 de marzo de 2023.

Arizona v. Evans, 514 U.S. 1 (1995),

URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/1/>, fecha de consulta: 30 de marzo de 2024.

Davis v. United States, 564 U.S. 229 (2011),

URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/229/>, fecha de consulta: 27 de marzo de 2024.

Elkins v. United States, 364 U.S. 206 (1960),

URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/364/206/>, fecha de consulta: 29 de marzo de 2024.

Burdeau v. McDowell, 256 U.S. 465 (1921),

URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/256/465/>, fecha de consulta: 29 de marzo de 2024.

Brinegar v. United States, 338 U. S. 160, 175. (1949),

URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/338/160/>, fecha de consulta 20 de enero de 2023.

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

URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/>, fecha de

consulta 12 de abril de 2024.

Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States, 251 U.S. 385 (1920),

URL:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>, fecha de consulta 15 de marzo de 2023.

Michigan v. De Fillippo, 443 U.S. 31 (1979),

URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/443/31/>, fecha de consulta: 4 de abril de 2024.

Massachusetts v. Sheppard, 468 U.S. 981 (1984),

URL:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/981/>, fecha de consulta: 10 de mayo de 2024

Illinois v. Krull, 480 U.S. 340 (1987),

URL:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/340/>, fecha de consulta: 12 de abril de 2024.

United States v. Matlock, 415 U.S. 164 (1974),

URL:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/415/164/>, fecha de consulta 13 de julio de 2024

Rochin v. California, 342 U. S. 165, 173 (1952),

URL:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/643/>, fecha de consulta: 4 de mayo de 2024.

Illinois v. Rodríguez, 497 U.S. 177 (1990),

URL:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/177/>, fecha de consulta 13 de julio de 2024.

Georgia v. Randolph, 547 U.S. 103 (2006),

URL:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/547/103/>, fecha de consulta 13 de julio de 2024.

Minnesota v. Olson, 495 U. S. 91,

URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/495/91/>, fecha de consulta 13 de julio de 2024.

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

URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>, fecha de consulta 16 de abril de 2024.

Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975),

URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/422/590/>, fecha de consulta: 10 de agosto de 2024.

United States v. Ceccolini, 435 U.S. 268 (1978),

URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/268/>, fecha de consulta: 10 de agosto de 2024.

Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971),

URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/443/>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2024.

United States v Johns, 469 US 478 at 486 (1985),

URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/469/478/>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2024.

Keystone Driller Co. v. General Excavator Co., 290 U.S. 240 (1933),

URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/290/240/>, fecha de consulta: 5 de diciembre de 2024.

5. Corte Suprema Estado de Iowa, Estados Unidos:

Reifsnyder v. Lee, 44 Iowa 101 (1876),

URL:

<https://www.iowacourts.gov/courtcases/11381/briefs/3867/embedBrief>,
fecha de consulta: 6 de marzo de 2024.

6. Corte Suprema Estado de Oregón, Estados Unidos:

Walker v. Penner, 190 Or. 542 (1951),

URL:<https://law.justia.com/cases/oregon/supreme-court/1951/190-or-542-2.html>, fecha de consulta: 29 de marzo de 2024.

7. Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Noveno Circuito:

United States of America v. Emilio Arturo Martinez-Miramontes (494 F.2d 808 *United States Court of Appeals, Ninth Circuit*),

URL:<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/494/808/112586/>, fecha de consulta: 12 de agosto de 2024.

8. Tribunal Constitucional, Alemania

Sentencia BVerfGE 7, 198 [*Lüth*] Sentencia de la Primera Sala, del 15 de enero, 1958,

URL:<chromeextension://efaidnbmninnibpcajpcgiclfndmkaj/https://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf>, fecha de consulta: 3 de marzo de 2024.

9. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia 10862/1988, de 25 de febrero, (Caso *Schenk v. Suiza*),

URL:<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-164753%26filename%3DCASE%2520OF%2520SCHENK%2520v.%2520SWITZERLAND%2520%2520%255BSpanish%2520Translation%25200summary%2520by%2520the%2520Spanish%2520Cortes%2520Generales.pdf%26logEvent%3DFalse&ved=2ahUKEwja6cPhruOKAxVRVqQEHevL>

Y4QFnoECCAQAQ&usg=AOvVaw3BhOGVBUYxZjkqGmRUyFUF , fecha de consulta: 10 de mayo de 2024.

10. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia de la Gran Sala, de 30 de abril de 2024 (C670-22),

URL:<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=285365&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=1248451> , fecha de consulta: 18 de octubre de 2024.

BIBLIOGRAFÍA:

ABELLÁN MATESANZ, I. M^a (actualizada por Sieira, S. y Rastrollo Ripollés, A.) "Sinopsis del art. 53", en Portal de la Constitución, Congreso de los Diputados (URL: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=53&tipo=2>).

ALVAREZ CORA, E., La evolución del enjuiciamiento en el siglo XIX, *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXXII, 2012.

AMBOS KAI, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso alemán, en Prueba y Proceso Penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y el derecho comparado*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2008.

ARMENTA DEU, T., "Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español", *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. IV: Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación*, Gómez Lara, Cipriano y Storme Marcel (Coords.), UNAM, México,

ASENCIO MELLADO, J. M^a, "La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales", *Diario La Ley*, núm. 8009, 2013.

ASENCIO MELLADO, J. M^a, "La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita", *Diario La Ley*, núm. 9499, Sección Tribuna, 16 de octubre de 2019.

BALKIN, Jack M., *Living Originalism*, Cambridge, MA: Harvard University Press/Belknap, 2011; o LAWRENCE, B., "Solum, Semantic Originalism 19M II", *Pub. Law & Legal Theory Research Papers Series*, núm. 07/24, 2008.

BALLBE, M., "Justicia española en la historia constitucional, desde 1812 a 1878", en *El tercer poder: hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, coord. por Johannes-Michael Scholz, 1992.

BANTEKA, N., "Police Ignorance and (Un)Reasonable Fourth Amendment Exclusion", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 75 (marzo), núm.2, 2022

BARÓN DE MONTESQUIEU, CH. L. DE SECONDANT, *El espíritu de las Leyes*, Tecnos, 4ª ed. Madrid, 1998.

BARREIRO, A. J., "La prueba ilícita en el proceso pena", *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación*. Volumen II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

BASTIDA FREIJEDO J.F, *El Fundamento de los Derechos Fundamentales*, Revista Electrónica De Derecho De La Universidad De La Rioja (REDUR), n.º 3 (noviembre), 2005.

BASTIDA FREIJEDO, J. F., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Introducción al Derecho Constitucional comparado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

BLANCO VALDÉS, R., *La construcción de la libertad*, Alianza editorial, Madrid, 2010.

BÖCKENFÖRDE E.W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993

BORRAJO INIESTA, I., "El derecho a la tutela sin indefensión (art. 24.1 CE): guion de cuestiones", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10 (mayo-agosto), 2000, p. 41.

CALDERÓN CUADRADO, M^a P., "El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10 (mayo-agosto), 2000.

CANOSA USERA, R., "Marco constitucional de la protección de los consumidores y usuarios", en *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral*, coord. X. Rodríguez- Arana Muñoz, R. Canosa Usera, L. F. López Álvarez y S. Mesequer Velasco, ed. Centro universitario Villanueva/Netbiblo, La Coruña, 2008.

CEDEÑO HERNÁN M., "Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional", *Cuadernos de Derecho Público. INAP*, nº10, 2000.

CESARE BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

CORTES GENERALES, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, t. I, Cortes Generales, Madrid, 1980.

CORTES GENERALES, "Actas de la Ponencia constitucional", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2, 1984.

CRUZ VILLALÓN, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

DE ESTEBAN, J., "Encuesta sobre la orientación actual del Derecho constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 1, (primer semestre) 1998.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Escritos sobre Derecho, Justicia y Libertad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, núm. 275, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

DE LAS HERAS SANTOS, J. L., “La organización de la Justicia Real ordinaria en la Corona de Castilla durante la Edad moderna”, *Estudis: Revista de historia moderna*, núm. 22, 1996 (Ejemplar dedicado a: Conflictividad y represión en la sociedad moderna).

DEL MORAL GARCÍA, A., “Reflexiones sobre la prueba ilícita”, *Revista Científica del Centro Universitario de la Guardia Civil (Revista Logos Guardia Civil)*, febrero, 2023.

DEL REY, F., “Las voces del antiparlamentarismo conservador”, en *Con luz y taquígrafos. El Parlamento en la Restauración 1913-1923*, Taurus, Madrid, 1998.

DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Ed. Civitas, Madrid.

DÍAZ SAMPEDRO, B., “La responsabilidad judicial desde la Constitución de Cádiz hasta la Restauración”, *Foro Nueva Época*, núm. 1, 2005.

Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico de Joan Corominas y José Pascual Editorial Gredos, Madrid, 1983, 5ª reimpresión de 2007.

Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico de Joan Corominas y José Pascual Editorial Gredos, Madrid, 1983, quinta reimpresión de 2007.

Diccionario de uso del español, 2ª ed. Gredos, Madrid, 1998.

DÍEZ PICAZO. L. M^a., *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2005 (4.ª ed.).

DOEHRING, K., cit. ERICHSEN, H.U., “Die Drittwirkung der Grundrechte”, *Juristische Ausbildung*, 18. Jahrgang, 1996.

DUGUIT, L., *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

EDWARDS, C. E., *La Prueba Ilegal en el Proceso Penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 2000.

ESCALONA MARTÍNEZ, G., “La naturaleza de los derechos humanos”, en *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, coord. Yolanda Gómez Sánchez, 2004.

ESCOBAR ROCA, G., “El futuro de la dogmática de los derechos”, *Revista catalana de Dret públic*, núm. 49 (diciembre), 2014.

ESMEIN, A., *Cours élémentaire d'histoire du droit française*, Libraire de la Société a du Recueil Sirey, París, 1925.

FERNÁNDEZ-CARNICERO, C. J., “Parlamentos y Poder judicial (acotaciones a la escena política de la Revolución francesa. 1789-1791)”, en *El Poder judicial en el Bicentenario de la Revolución francesa*, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1990.

FERNÁNDEZ-CARVAJAL, R., “Nota sobre el Derecho constitucional como nuevo Derecho común”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n 1, 1989.

FINDER J., “*Operation Trojan Shield: The Covert Sting That Unraveled the World*”, 9 de noviembre de 2024 (URL:<https://www.lawyer-monthly.com/2024/11/operation-trojan-shield-the-covert-sting-that-unraveled-the-underworld/>).

GALVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales*, Aranzadi, Navarra, 2003.

GALLEGO-DÍAZ, S. y DE LA CUADRA, B., *Crónica secreta de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1989.

GARCÍA AMADO, J. A., “Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”, *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985 (3ª ed.)

GARRORENA MORALES, Á., *Escritos sobre la democracia. La democracia y la crisis de la democracia representativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

GIMENO SENDRA, J. V., “*La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción*: contestación a la réplica del Prof. ASENSIO”, *Diario La Ley*, núm.8028, 2013.

GIMENO SENDRA, J. V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015.

GOMEZ COLOMER, J. L., “Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles”, *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal*, 2008.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La prueba en el proceso administrativo*, Ed. Colex, Madrid, 1992.

GONZALEZ- HERNÁNDEZ, E., *La Revolución constitucional: breve compendio de historia constitucional europea comparada*, CEPC, Madrid, 2019.

GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, E., “Aforamiento ante el Tribunal Supremo y responsabilidad de los empleados públicos: la diferente separación de poderes en los orígenes del constitucionalismo”, *Revista General de Derecho Comparado*, núm. 21, 2017 (URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6231333>).

GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, E., "El debate constituyente sobre el Título I de la Constitución española de 1978 o la 'Constitución cenada'", *Historia Constitucional*, núm. 20 (septiembre), 2019 (URL: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/595>), pp. 681-713, fecha de consulta: 22 de febrero de 2023).

GONZÁLEZ-TREVIJANO, P., *El Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2000.

GONZÁLEZ MONTES, J. L. "La prueba ilícita. STC 114/1984, de 29 de noviembre", *Persona y Derecho*, núm. 54, (enero), 2006.

GRIMM, D., "¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales?"; *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006.

GUSY, "Las constituciones de entreguerras en Europa Central", en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia constitucional*, 2/2000 (Modelos constitucionales en la historia comparada), Versión electrónica.

HOBBS, T., *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, Trad. Manuel Sánchez Sarto. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. Ed. 9º, 2014.

HOFFMANN-RIEM, W., "La dimensión jurídico-objetiva de la libertad de información y comunicación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77 (mayo-agosto), 2006.

HOFFMANN-RIEM, W., "La dimensión jurídico-objetiva de la libertad de información y comunicación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, año 2006.

JELLINEK., G. *Teoría general del Estado*, ed. a cargo de F. Monereo. Trad. y pról. de la 2a.ed. alemana de 1900 de Fernando de los Ríos, Comares, Granada, 2000.

JIMÉNEZ ASENJO, E., *Derecho procesal penal*, vol. II, Ed. Revista de Oerecha Fritado, Madrid, s.f.

KEANE E. y DAVIDSON F., *Riatt on Evidence: Principles, Policy and Practice*, W. Green, Thomson Reuters, Edinburgh, 3º Ed, 2018.

KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, segunda edición traducida, ed. Porrúa, México 1991.

KERR, O. S., “Good Faith, New Law, and the Scope of the Exclusionary Rule (April 14, 2011). 99”, *Georgetown Law Journal*, núm. 107, 2011, p. 1099 (URL: <https://ssrn.com/abstract=1675115>).

KERR, ORIN S., *Good Faith, New Law, and the Scope of the Exclusionary Rule*, 99 *Georgetown Law Journal*, núm. 1077, 2011 (URL: <https://ssrn.com/abstract=1675115>).

LA QUADRA-SALCEDO JANNINI, T. “El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. reflexiones tras la STC 247/2007 de 12 de diciembre”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 5, 2008.

LASO GAITE, J. F. “Aportación a la historia del Tribunal Supremo de España (Su evolución legislativa y en los proyectos de Tribunales; nota biográfica de cada de sus Presidentes y relación de los discursos de apertura de Tribunales)”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, diciembre, 1969.

LÓPEZ PINA, A. y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Elementos de Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002.

LORCA NAVARRETE, A. M^a., “La prueba indiciaria, indirecta o circunstancial en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020”, Monográfico sobre

Proyecto de LEcrim, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Núm. 1, 2021.

LORENTE SARIÑENA, M. y MARTINEZ PÉREZ. F. y SOLLA SASTRE, M^a. J., *Historia legal de la Justicia en España (1810-1978)*, Iustel, Madrid, 2011.

MACLEAN, H., *The Fourth Amendment and the Exclusionary Rule in Civil Cases*, 43 *Denver Law Review*, Vol. 43, Issue. 4, 1966.

MAQUEDA ABREU, C., *Los derechos humanos en los orígenes del estado constitucional*, en *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, coord. Yolanda Gómez Sánchez, 2004.

MARCHENA GÓMEZ, M., "La "Sentencia Falciani" ¿hacia un nuevo concepto de prueba ilícita entre particulares?", *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 3, 2017 (Ejemplar dedicado a: La prueba en el proceso penal).

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. M., "Las generaciones de derechos humanos", *Constitución y derechos fundamentales*, coords. J. Betegón Carrillo, F. J. Laporta San Miguel, L. Prieto Sanchís, J. R. de Páramo Argüelles, 2004.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., "Análisis de la "tesis de la desvinculación de la antijuridicidad": una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)", *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 9, 2011.

MATIA PORTILLA, F. J., "Delitos flagrante e inviolabilidad del domicilio (Comentario a la STC 341/1993)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, núm 42 (septiembre-diciembre), 1994.

MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw Hill, 1996.

MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010.

MIRKINE-GUETZEVITCH, B., “L’histoire constitutionnelle comparé”, *Annales de l’Institut de Droit Comparé de l’Université de Paris*, vol. II, 1936.

MIRKINE-GUETZEVITCH, B., *Les Constitutions de l’Europe nouvelle*, Librairie Delagrave, Paris, 1930, p. 11, fue mayor el protagonismo de Preuss.

MIRKINE-GUETZEVITCH, B., *Les Constitutions européennes*, Presses Universitaires de Frances, Paris, 1951, 6ª ed.

MONTÓN REDONDO, A., *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977.

MÜNCH. D., “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional”, *Foro. Nueva época*, núm. 9, 2009.

MUÑOZ ARANGUREN, A., “La agonía de la regla de exclusión de la prueba ilícita. variaciones sobre un caso trágico. comentario de la sentencia del Tribunal Supremo”, *SALA 2ª*, Núm. 891/2022, de 11 de noviembre, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*. Sección: Iuris-prudentia.

MUÑOZ DE BAENA, J. L., “Fundamentos filosóficos de los derechos humanos”, en *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, coord. por Yolanda Gómez Sánchez, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004.

Nota de prensa conjunta EUROJUST y EUROPOL (URL: <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe>).

Nota de prensa del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (URL: <https://www.justice.gov/usao-sdca/pr/fbi-s-encrypted-phone-platform-infiltrated-hundreds-criminal-syndicates-result-massive>).

PECES-BARBA, G., *La elaboración de la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

PÉREZ MARTOS, R. M^a., “los derechos humanos hasta la edad moderna”, en *Historia del derecho*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.

PÉREZ SERRANO, N. y GONZÁLEZ POSADA, C., *Constituciones de Europa y América. Selección de Textos Vigentes. Traducción y notas*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927.

PICÓ i JUNOY, J., “La prueba ilícita: un concepto todavía por definir”, *La Ley Probática*, núm.1 2020 (URL: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmNDU2NDA7Wy1KLizPw8WyMDIwMDS0NDkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAK81V2U1AAAAWKE>).

PIZZI, W. T., *Trials Without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It*, New York University Press, 1998. ProQuest Ebook Central, URL: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/universidadcomplutense-ebooks/detail.action?Created from universidadcomplutense-ebooks>)

PIZZORUSSO, A., “Las generaciones de derechos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 2002.

RICHARD M, R., “The Due Process Exclusionary Rule (A new textual foundation for a rule in crisis)”, *Harvard Law Review*, , Vol. 127, núm. 7, 2014.

RODRÍGUEZ ACUÑA, I., “Lista Falciani»: validez de la prueba de los documentos bancarios y ficheros contables obtenidos ilícitamente por el empleado de la institución financiera *HSBC Private Bank Suiza* (Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo 116/2017, de 23 de febrero)”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 46 (abril-junio), 2017.

RODRÍGUEZ ACUÑA, I., “Lista Falciani»: validez de la prueba de los documentos bancarios y ficheros contables obtenidos ilícitamente por el empleado de la institución financiera *HSBC Private Bank Suiza* (Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo 116/2017, de 23 de febrero)”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 46 (abril-junio), 2017.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., “La calificación de los créditos concursales con garantía personal”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm.7, 2006

ROYER, J.-P., *Histoire de la justice en France*, Presses Universitaires de Frances, 1995, 3ª ed.

SÁNCHEZ AGESTA, L., *Historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978,

SANCHEZ FERRIZ, R., “Las libertades públicas como grupo de derechos con características propias no susceptible de ser confundido con los restantes derechos constitucionales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 30, 1989.

SÁNCHEZ NAVARRO, Á., *Las minorías en la estructura parlamentaria*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

SELIGMAN, K.,” The rise and fall of the exclusionary rule: can it survive”, *Hudson, H. & B., First District appellate project training seminar*”, febrero 30, 2010, pp. 34-35.

SENAC DE MEILHAN, G., “De los principios y las causas de la Revolución francesa”, en De Meilhan, S. y Barnave, A., *Dos interpretaciones de la Revolución francesa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

SOSTRA SALLE, M. J., Finales como principios. Desmitificando la Ley orgánica de tribunales de 1870, *Anuario de Historia Del Derecho Español*, Núm. LXXVII, enero 2007.

SPIEGELBERG, J.L. S., *La prueba en la LEC 1/2000: disposiciones generales y presunciones*, Ed. Aranzadi. Cizur Menor, Navarra, 2002.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Hacia un sistema dispositivo o no necesario de enjuiciamiento criminal”, *Revista Misser* (nº 106), julio-septiembre, 2015.

TERRASSA ORTUÑO, F. J., “Prueba penal ilícita: fundamento de la regla de exclusión y sus excepciones”, *Revista Jurídica de las Islas Baleares*, núm. 17, 2019.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *Constitución: Escritos de introducción histórica*, ed. Clavero, Madrid, 1996.

[URL:https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=285365&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=1248451](https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=285365&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=1248451),
fecha de consulta: 18 de octubre de 2024.

VALVIDARES SUÁREZ, M^a., “Breve aproximación a la Constitución de la república Checa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67 (enero-abril), 2003.

VARELA SUANZES (Ed.), *Textos básicos de la historia constitucional comparada*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

VARELA SUANZES CARPEGNA, J., "Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional", *Historia Constitucional. Revista electrónica*, nº 8, 2007, (<http://hc.rediris.es/08/index.html>).

VARONA JIMÉNEZ, A., "El laberinto de la prueba ilícita", *Justicia*, núm. 1, 2023.

VARONA, D.; KEMP, S. y BENÍTEZ, O., "La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad", *Indret* 1, 2022.

VASAK, K., "Human rights: a Thirty-Year Struggle: the Sustained efforts to give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights", *UNESCO Courier* 30: 11, United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, Paris, November, 1977.

VELASCO NUÑEZ, E., "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, septiembre, 1996.

VESCOVI, E., *Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita (Una contribución comparatista a la aproximación entre el "Civil Law y el "Common Law"*, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2, 1970.