

ANÁLISIS DE LA “TESIS DE LA DESVINCULACIÓN DE LA ANTI JURICIDAD”: UNA EXPLICACIÓN DE SUS LÍMITES BASADA EN EL DERECHO AL PROCESO Y SUS GARANTÍAS (ART. 24.2 CE)

Elena Martínez García

Profesora titular de Derecho Procesal
Universitat de València

Sumario: 1. Los Derechos fundamentales en el marco de una investigación. 2. Contenido esencial del derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías: A. El derecho al proceso celebrado con todas las garantías en el art. 24.2 CE: a). La concepción de este derecho en el ámbito europeo. b) La concepción de este derecho en nuestro marco constitucional. B. El “derecho” al proceso con todas las “garantías”: dos partes integrantes de su *fundamentabilidad*: a) Las “garantías primarias y secundarias”: Dos aspectos diferentes pero interdependientes del derecho fundamental. b) Las “garantías primarias y secundarias” en el derecho al proceso con todas las garantías. c) La garantía de inadmisión en el sistema anglosajón: una perspectiva alejada de los derechos fundamentales. 3. La prueba prohibida y el sentido del artículo 11.1 LOPJ como garantía del derecho fundamental al proceso ex art. 24.2 CE.: A. El doble sentido del artículo 11.1 LOPJ. B.) El derecho al proceso con todas las garantías y el principio de separación de poderes. 4. Prueba prohibida: Prueba directa y prueba derivada: A. Prueba directa. B. Prueba derivada. C. El supuesto del imputado inocente y la violación de derechos fundamentales de tercero no imputado procesalmente: ¿aplicación de la regla de la exclusión? D. Excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado o a la ineficacia de la prueba refleja. Sus antecedentes en la doctrina

estadounidense: a) La doctrina de la fuente independiente. b) La doctrina del hallazgo inevitable. c) La doctrina del nexo causal atenuado. d) La doctrina de la función protectora de la norma. e) La ausencia de la mala fe en los investigadores. 5. La STC 81/1998 y la aplicación de la doctrina de la desconexión de antijuridicidad: A. ¿En qué consiste la denominada "tesis de desconexión de antijuridicidad" de la STC 81/1998? B. Valoración de la doctrina de la desconexión de antijuridicidad. C. Dos supuestos de aplicación compatible entre "la tesis de la desconexión de antijuridicidad" y el respeto al derecho al proceso y sus garantías. D. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE UNA INVESTIGACIÓN

La obtención de pruebas y la posible ineficacia de sus efectos cuando se obtuvieron ilícitamente es un tema actual, hoy implementado por numerosas decisiones europeas¹, y cuya delimitación legal y jurisprudencial no siempre lo han ubicado y resuelto en las mejores condiciones de seguridad jurídica.

Referirnos al concepto de ilicitud probatoria conlleva abordar el estudio desde cuatro premisas básicas:

- a) La averiguación del delito en un Estado de Derecho presupone una limitación de derechos y libertades fundamentales; a su vez, éstos se constituyen como límite en la investigación policial y judicial, sea pre-procesal o intra-procesal.
- b) Corresponde a la Ley marcar el ámbito de intervención y restricción de un derecho fundamental y la ejecución de dicha limitación —en su núcleo esencial— ha de quedar en manos del juez².
- c) En la práctica, los derechos y libertades de posible afectación en el marco de una investigación son de naturaleza sustantiva, aunque es posible encontrar restricciones de derechos fundamentales procesales³.
- d) Finalmente, iniciado este proceso, las partes del mismo tienen otro derecho (procesal) a un proceso equitativo y justo y no se puede entender así dicho proceso si éste no se celebra con todas las garantías (artículo 24.2 CE)⁴.

El principio de legalidad se constituye como marco necesario y legitimador para restringir un derecho o libertad fundamental dentro de una investigación criminal; algo no siempre bien resuelto en nuestra legislación interna, como tiene dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversos pronunciamientos (*vid. nota núm. 15*). Este mismo Tribunal, por otro lado, establece una segunda premisa en materia probatoria determinante para entender las líneas que se exponen a continuación; a saber, el derecho al proceso celebrado con todas las garantías⁵. En este doble parámetro entra en juego cuando se inicia una investigación que acaba con un proceso.

Dicha línea jurisprudencial viene proponiendo una suerte de *balancing test* jurisdiccional entre el grado de la violación del derecho fundamental, el resultado obtenido y las necesidades de tutela del derecho como freno a la actuación policial. Si el balance no es negativo, concluye el Tribunal que ha de darse protección al interés social (más bien estatal) frente al particular (que no es sino un derecho fundamental)⁶. Parece olvidarse de esta perspectiva introducida por el art. 24. 2 CE relativa al derecho al proceso celebrado con todas las garantías que, en nuestra opinión, viene integrado, entre otras garantías, con la establecida en el artículo 11.1 LOPJ objeto de estudio en este trabajo⁷.

Plantear esta serie de reflexiones exige formular un punto de partida sencillo, que obtendrá necesariamente contestaciones diferentes según el contexto político-jurídico de que se trate; es decir, se debe reflexionar sobre la cuestión relativa a averiguar *¿quién debe servir a quién?* Afirmar en el siglo XXI que el Estado debe de servir al individuo significa que en ese Estado hay una primacía de los derechos

individuales frente a conceptos tales como el de interés general o el de seguridad colectiva, etc. Estos conceptos de contenido plural y supra-individual chocan frontalmente con la concepción de los derechos individuales y fundamentales de los sistemas democráticos y de derecho en una investigación penal. Cualquier intromisión restrictiva del contenido esencial de estos derechos y libertades fundamentales debe hacerse, por tanto, bajo los requisitos del artículo 53 de la CE, y la trasgresión de los mismos por las autoridades exige al Estado actuar positivamente, mediante la expulsión procesal de aquellas fuentes de prueba obtenidas directa o derivadamente de tales violaciones, de acuerdo con la configuración legal que se haya hecho de tal consecuencia invalidante (art.11.1 LOPJ).

A estos efectos, el presente artículo pretende analizar la dificultad dogmática que conlleva este “balance de intereses” (introducido en nuestra jurisprudencia a propósito de la STC 81/1998, de 2 de abril) en relación con el art. 24.2 CE, para concluir en qué supuestos puede ser admisible la citada línea jurisprudencial de calado muy diverso en nuestro país.

2. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL PROCESO CELEBRADO CON TODAS LAS GARANTÍAS

El derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías ha sido tradicionalmente poco estudiado y, en consecuencia, caracterizado por un uso generalista y a modo de cajón de sastre. Por este motivo para la realización de este trabajo he tenido que acudir a categorías ajenas al Derecho procesal y propias del área del Derecho constitucional y de la Filosofía del derecho. Como punto de partida, pues, hace falta hacer un breve recorrido sobre su evolución y regulación, así como sus contenidos.

A. EL DERECHO AL PROCESO CELEBRADO CON TODAS LAS GARANTÍAS DEL ART. 24.2 CE

Entender el presente derecho exige como punto de partida aproximarse a las limitaciones que los derechos humanos representan frente al poder público⁸.

En esencia, los derechos fundamentales contienen dos facetas: la *negativa* o relativa al ámbito de poder del ciudadano frente a los poderes públicos y la *positiva* o relativa a prestaciones y obligaciones generadas normativamente por el Estado en defensa de esos derechos⁹. Esta estructura doble se presenta en todos los derechos fundamentales¹⁰ que, en definitiva, son derechos humanos positivizados¹¹.

Para discernir estas dos facetas en el derecho fundamental objeto de estudio conviene brevemente abordar el sentido de este derecho en el marco europeo y en nuestro marco constitucional.

a) Concepción de este derecho en el ámbito europeo

El derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) viene reconociéndose sin un exhaustivo desarrollo en todas las normativas internacionales, a través del denominado derecho al proceso debido¹². En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007, sin embargo, no tiene un desarrollo específico (art. 47), sino que se limita a reconocer el derecho de toda persona “a que su causa sea oída equitativamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley”; sólo entendemos aplicable el derecho al proceso celebrado con todas las garantías por vía del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (art.6), y así se deduce en la legislación desarrollada más recientemente¹³. A su vez, la Convención Europea de Derechos Humanos contiene apenas unas ciertas reglas reguladoras sobre el denominado proceso equitativo, justo

o celebrado con todas las garantías y, las que contiene, incluyen las garantías mínimas sobre las que podemos reconocer el régimen de administración de la prueba, desde su obtención hasta su práctica¹⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce expresamente que, para que se dé la violación de este derecho al proceso, se debe partir de su consideración como un todo global; lo que niega la nulidad de cualquier prueba ilícita, por el sólo hecho de serlo. Antes al contrario —afirma el Tribunal—, el atentado tiene que darse contra el proceso apreciado globalmente¹⁵. Se trata de un juicio de ponderación entre el vicio acontecido en el proceso y el resultado que arrojaría la admisión de esa prueba. Esta postura, en nuestra opinión, deja la puerta abierta a la relativización de este derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías y, en consecuencia, a los derechos fundamentales puestos en entredicho en una investigación¹⁶. El derecho en cuestión deja de carecer de identidad propia para pasar a ser valorado en función de un resultado final, “apreciado globalmente”. Y, como vemos, este es el punto de partida de la construcción dogmática creada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 81/1998 (*supra*).

b) La concepción de este derecho en nuestro marco constitucional

DÍEZ-PICAZO ha definido claramente el sentido y alcance del “proceso con todas las garantías”, al superar la manida cláusula de estilo “a mayor abundamiento”, tan abundante en la jurisprudencia constitucional —incluso—, y reconociéndole el alcance interpretativo de ser un refuerzo de otros derechos fundamentales; tal afirmación además le dota de “autonomía respecto de esos otros derechos fundamentales establecidos en el artículo 24 CE y sirve para integrar las garantías procesales establecidas en las normas internacionales sobre derechos humanos, aplicables en nuestro derecho vía artículo 10.2 CE”¹⁷. Es decir, en la línea de lo que exponemos de-

bemos plantearnos los contenidos o garantías de este concepto jurídico indeterminado y de contenido plural (art.24.2 CE) o, dicho en otras palabras, hay que averiguar a qué garantías puede referirse este derecho fundamental específico que no sean ni las expresadas de forma específica y autónoma en el citado precepto constitucional (derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas, 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), ni las subsumibles en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Una primera interpretación —al hilo de todo lo expuesto— sería entender que el propio derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE) exige que no basta una mera abstención de las autoridades del Estado para garantizar este derecho fundamental, sino que es necesario que se arbitren un conjunto de expectativas procesales para el ciudadano, que afiancen la aplicación del Derecho objetivo que tiende a garantizar que no se vulneren los derechos fundamentales procesales y sustantivos del sujeto investigado por un crimen¹⁸. Para ello se exige un papel activo del legislador¹⁹ y este es un aspecto no siempre bien zanjado por nuestra legislación.

Como punto de partida debemos comprobar si verdaderamente existe una diferencia entre las garantías procesales constitucionales y los derechos fundamentales, pues de tal premisa se deducirán conclusiones tales como, la *fundamentalidad* de esas garantías y su carácter susceptible de *amparo constitucional*, su restringibilidad o naturaleza absoluta, etc²⁰. La postura que adoptemos será determinante a la hora de observar el alcance que una ley o la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional pueden dar a estos derechos²¹.

B. EL “DERECHO AL PROCESO” CELEBRADO CON SUS “GARANTÍAS”: DOS PARTES INTEGRANTES DE SU FUNDAMENTABILIDAD

Parece comúnmente admitido por la doctrina científica la postulación de Kelsen relativa a que un derecho no garantizado no es un verdadero derecho²². La sencillez de esta idea no presupone, sin embargo, un simple deslinde de cada parte de este todo; es decir, lo que es derecho subjetivo y lo que le asiste como garantía de mismo. Lo que sí parece comprensible es que el nexo que une el contenido esencial de un derecho fundamental y las garantías que lo integran es normativo (art.53 CE), dado que constituye un deber del legislador definir activamente cómo entiende garantizados esos derechos de forma constitucionalmente respetuosa. La inexistencia de estas garantías da lugar a lo que se denominan las “lagunas”, de modo que, ausencia de garantías equivaldrá a la inobservancia del derecho²³.

a) Las “garantías primarias y secundarias”: Dos aspectos diferentes pero interdependientes del contenido esencial del derecho fundamental

De todo derecho subjetivo en general y de los derechos fundamentales con carácter universal se predica una doble vertiente positiva y negativa²⁴: a saber, que su titular no sólo tiene un derecho a que el Estado se *abstenga* de limitarlo (*status negativo* o *status libertatis*)²⁵, sino que ha de *crear medios* que garanticen este derecho (positivo o *status civitatis*)²⁶. Los primeros no admiten injerencia del Estado, pero los segundos se ejercen precisamente frente a él²⁷.

FERRAJOLI analiza el concepto de “garantía” y hace equivaler a “deberes correspondientes a los poderes públicos” y dentro de esta categoría diferencia entre esos aspectos positivos y negativos aludidos con anterioridad. Este mismo análisis se puede realizar en torno a las garantías a las que se refiere el denominado derecho al Proceso del art. 24.2 CE.

a) Las “garantías primarias” o expectativas de obligación o prohibición que tiene a su favor el titular del derecho fundamental: Se trata de expectativas y derechos exigibles y ejercitables frente al Estado y que con ellas se desarrolla y garantiza tanto la vertiente positiva (debe crear y regular medios de protección), como la negativa (deber de abstención del derecho fundamental en cuestión frente a la injerencia).

b) Las “garantías secundarias” o expectativas de protección jurídica y accionabilidad en juicio ante las violaciones de una garantía primaria. Este autor las define como obligaciones de segundo orden, consistentes no en cuidar o proteger el presunto interés o derecho en conflicto (el derecho fundamental material y derecho al proceso con todas las garantías como hipotéticos derechos dañados), sino en garantizar su protección jurídica²⁸. En caso de no estar regulados normativamente estos deberes o garantías correlativos a un derecho subjetivo, aparece lo que viene denominándose *lagunas primarias y secundarias*, que presentan ese derecho como “papel mojado”²⁹. Tales afirmaciones arrojan una primera conclusión: Aunque interdependientes, los derechos subjetivos y las garantías son realidades distintas.

b) Las “garantías primarias y secundarias” en el derecho al proceso con todas las garantías

Para analizar el estudio dogmático propuesto por FERRAJOLI y aplicarlo al supuesto que nos concierne partimos, igualmente, de una doble distinción:

– El estatus *negativo* del derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías (art. 24 CE) representa el derecho del ciudadano que se encuentra sujeto a un proceso (del tipo que fuere) a que éste se desarrolle dentro del marco constitucional impuesto por las exigencias de los principios de igualdad, contradicción y audiencia efectiva de las partes, a que sus derechos fundamentales restringidos en el marco de una investigación se afecten de forma respetuosa con la configuración legal requerida por la Constitución y Leyes de desarrollo, y

que obligue a los poderes públicos a autolimitarse en cualquiera de sus formas y motivos de injerencia frente a él y sus derechos con plena supeditación a éstas normas, so pena de expulsión (art.11.1 LOPJ). El catálogo de obligaciones *negativas* o de abstención que integran este específico derecho al proceso se integra por un largo etcétera —todavía sin agotar— por la doctrina del Tribunal Constitucional³⁰. Cuando se desarrollen, conoceremos cuál ha sido el sistema de garantías primarias y secundarias propuesto por el legislador.

— Por su lado, el estatus *positivo* del presente derecho fundamental englobaría a favor de su titular una serie de obligaciones para los órganos jurisdiccionales de supervisar/expulsar/ no valorar todo el acervo de prueba obtenido con violación directa o derivada del derecho y libertad fundamental; así como la obligación de declarar los límites de la investigación oficial en caso de haberse extralimitado o el derecho de la parte a conocer e impugnar el acervo probatorio obtenido directa o derivadamente de la ilicitud constitucional³¹ por parte del que afirma ser titular del derecho (o, incluso, sufrida por tercero, pero cuyo resultado afecta a su propio proceso); es decir, se encomienda al Juez que aplica el artículo 11.1 LOPJ que equilibre la relación entre el beneficio obtenido con la averiguación de la verdad y el coste que dicha extralimitación conlleva para el ciudadano en su derecho al proceso con todas las garantías³². Se trata, pues, de una garantía específica del proceso. En definitiva, este derecho fundamental —en su aspecto positivo— logrará de forma indirecta o derivada desincentivar los posibles abusos de los órganos públicos que entran en funcionamiento en el marco de una investigación.

En conclusión, y a modo de resumen, consideramos:

a) que el ciudadano inmerso en un proceso tiene un derecho subjetivo a que el proceso del que es parte sea dirigido y celebrado por los órganos del Estado con todas las garantías; es decir, lo que también se entiende con matices como un proceso justo y equitativo;

b) ello se concreta en la obligatoria regulación legal de determinados mecanismos procesales que otorguen derechos y contraprestaciones claras a su titular (*garantías primarias*); algo que en este concreto derecho no ocurre de modo específico y ha generado la denominada *laguna primaria* y, por esta razón, ha dado lugar a jurisprudencia tan contradictoria y al “cajón de sastre” aludido con anterioridad. Una de esas garantías será, precisamente, el artículo 11.1 LOPJ, objeto de este trabajo.

c) La garantía de inadmisión en el sistema anglosajón: una perspectiva alejada de los derechos fundamentales

Si bien nuestro sistema de ilicitud probatoria viene previsto como forma de protección de los derechos y libertades fundamentales que pueden aparecer restringidos en una investigación criminal y, por tanto, su resultado puede tener eficacia dentro de un proceso judicial (derecho al proceso celebrado con todas las garantías ex art. 24.2 CE), no siempre es así en otros sistemas legales.

Valga como ejemplo el sistema norteamericano³³, del que hemos bebido en nuestra jurisprudencia. Allí se creó la norma de exclusión probatoria sobre la base de los derechos constitucionales (que no coinciden enteramente con los derechos fundamentales), pero la aplicación jurisprudencial de la misma ha devenido en la actualidad como *remedio* judicialmente creado para disuadir a los poderes públicos de vulneraciones constitucionales en su investigación³⁴, alejado, por tanto, de su origen y sentido constitucional. Nótese que lo que para nosotros es un efecto (persuasión policial de que las transgresiones no son válidas en un proceso), en dicho sistema ha pasado a convertirse en línea argumental en su doctrina y jurisprudencia, de modo que, cuando la expulsión de una prueba ilícita no vaya a surtir efecto persuasivo alguno, no *vale la pena* su expulsión procesal. Esta línea jurisprudencial será estudiada en el epígrafe destinado al efecto.

3. LA PRUEBA PROHIBIDA Y EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 11.1 LOPJ COMO GARANTÍA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL PROCESO EX ART. 24.2 CE

La restricción de derechos fundamentales y la imposición de penas queda supeditada al correcto y garantista entendimiento del proceso penal y todo el conjunto de acciones que éste instrumentaliza. El artículo 11.1 LOPJ formaría parte de este derecho poliédrico y de contenido todavía hoy poco descifrado.

A. EL DOBLE SENTIDO DEL ARTÍCULO 11.1 LOPJ

Dentro de este entramado complejo que estamos describiendo en materia probatoria, consideramos que el artículo 11.1 LOPJ tiene una doble función que se manifiesta en dos planos diferentes y con una importancia e utilidad muy diferentes. Nos referimos a las dos menciones expresas señaladas en la norma, es decir, a las fuentes de prueba obtenidas *directamente* o *derivadamente* tras la violación del derecho o libertad fundamental.

Comenzando por la primera premisa, este artículo 11.1 LOPJ es un instrumento creado por el legislador como garantía o protección (intra-procesal) de los derechos y libertades del Título I Capítulo II Sección 1ª de la Constitución, violentados en su ámbito de ejercicio extraprocésal. Lo *obtenido directamente* con la violación de este derecho fundamental no tiene utilidad dentro del proceso, principalmente, porque chocaría frontalmente con la esencia del Estado de Derecho, dada la propia fundamentación de los derechos en cuestión y, en segundo plano —y, como se verá, casi de forma irrelevante—, porque lo dice el artículo 11.1 LOPJ. Si esto es así, debemos concluir que la existencia de esta norma del artículo 11.1 LOPJ no añade nada nuevo que no le venga atribuido ya por los derechos fundamentales³⁵.

En segundo lugar, pero con carácter principal, incorpora la *eficacia refleja o efecto expan-*

sivo contaminante de las pruebas derivadas de una injerencia ilícita en su origen, a saber, la expulsión de dichas pruebas o su invalorabilidad. 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.

En conclusión, la vinculación entre el artículo 11.1 LOPJ y el derecho al proceso citado (art.24.2 CE) parece indubitada: se crea para proteger directamente el proceso, a través de este mandato dirigido —principalmente— a los poderes públicos y —de forma indirecta— a cualquier tercero, cuyo efecto principal es desincentivar al posible trasgresor con la sanción de la expulsión de las pruebas obtenidas por violación de derecho fundamental. Cualquier interpretación sobre esta regla del artículo 11.1 LOPJ afecta al artículo 24.2 CE, pues es una de las garantías integradoras del mismo.

B. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL PROCESO CELEBRADO CON TODAS LAS GARANTÍAS Y EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

El art. 53.1 CE afirma que “Los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el capítulo segundo del presente Libro (del art.14 al 38) vinculan a todos los poderes públicos. Solo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos...”. Se trata de una plasmación de las consecuencias impuestas por el principio de separación de poderes en el Estado de Derecho. El respeto por este principio se manifiesta como un límite a la creación jurisprudencial en materia de derechos y libertades fundamentales, dado que sólo se puede entrar a regular la esencia de los mismos a través de ley orgánica y con las limitaciones establecidas por la Constitución.

Como hemos intentado demostrar en estas líneas, la garantía de inadmisión de las pruebas ilícitamente obtenidas se integra entre las garantías del denominado derecho al proceso del art.

24.2 CE. Ello —si es como decimos— significa que cualquier relativización del art. 11.1 LOPJ no es posible, pues sólo el legislador está autorizado para realizar una ponderación como ésta³⁶ y, por tanto, para formular excepciones a la regla del artículo 11.1 LOPJ³⁷. Este juicio de ponderación entraría, entonces, dentro de la esfera que impide la posible injerencia estatal de los jueces, correspondiente a ese *deber de abstención* al que JELLINEK se refiere (*supra*) y en consecuencia, la presencia de esas fuentes de prueba en un proceso exige del Juez una *actitud positiva de expulsión* de las mismas en aplicación de la garantía del artículo 11.1 LOPJ.

Por esta razón se hace aconsejable que *de lege ferenda* se desarrolle por el legislador, en su caso, un sistema tasado de excepciones o cánones comúnmente admitidos como estables en relación a estas posibilidades de excepción. Si, por el contrario, este artículo 11.1 LOPJ no formara parte de este núcleo esencial del artículo 24.2 CE, como sí venimos defendiendo, es comprensible toda la acción llevada a cabo desde la STC 81/98 de 2 de abril en torno a la teoría de la desconexión de antijuridicidad. En esta disyuntiva, parece un elemento de apoyo plantearse, entonces, por qué el legislador reguló por ley orgánica la conocida doctrina de los frutos del árbol envenenado del artículo 11.1 LOPJ. Tal vez la respuesta radique, precisamente, en el desarrollo que se hizo del derecho fundamental al proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE, por formar parte de esas garantías primarias de este derecho; limitables, sí, pero por ley orgánica por la razón de que éste aspecto del derecho del 24.2 CE tiene su razón de ser en la protección de los derechos fundamentales sustantivos en una investigación criminal.

4. PRUEBA PROHIBIDA: PRUEBA DIRECTA Y PRUEBA DERIVADA

Siguiendo con la presente delimitación terminológica, se deben diferenciar dos momen-

tos escalonados en torno a la violación del derecho fundamental y a la obtención de la prueba, según se desprende del tenor del artículo 11.1 LOPJ cuando afirma que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante la violación de derechos y libertades fundamentales”.

A. LA PRUEBA DIRECTA

En principio, lo obtenido directamente tras la violación de un derecho fundamental es nulo de raíz y debiera abrir el paso a posibles responsabilidades de los particulares, policía o Jueces. Aquí no se aplica la doctrina de los frutos de árbol envenenado, pues la prohibición de admisión de la “prueba directa” es clara, atendiendo al valor que nuestra Constitución otorga a los derechos y libertades fundamentales. No obstante, el artículo 11.1 LOPJ —desde el prisma de legalidad ordinaria— recuerda que estas pruebas deben ser privadas de efectos.

Sin embargo, somos conscientes de que no es ésta la situación que acontece, por ejemplo, en el sistema norteamericano. La garantía de inadmisión de estas pruebas con ilicitud originaria se ha visto mermada por las excepciones de la buena fe policial, el consentimiento voluntario y espontáneo del detenido e incluso por la ausencia de un efecto disuasorio sobre los agentes policiales. Debemos mostrarnos precavidos para evitar seguir esta línea jurisprudencial, sobre la base de que tal admisión supondría un choque frontal con el proceso penal acusatorio y con los derechos fundamentales³⁸. Obviamente el artículo 11.1 LOPJ reconoce esto que decimos, aunque su gran valor surja en materia de prueba derivada y eficacia refleja invalidante. Principalmente, es algo distinto a la garantía establecida por el artículo 11.1 LOPJ lo que impide admitir estas pruebas; se trata de una garantía objetiva del derecho fundamental a un proceso justo dentro del ámbito del estado de derecho (Art. 24 CE), que no permite violación de derecho fundamental en la actuación investigadora de un proceso criminal.

B. LA PRUEBA DERIVADA

La doctrina norteamericana sobre los frutos del árbol envenenado se crea para ser aplicada sobre las fuentes y medios de prueba obtenidos lícitamente, aunque derivados de un acto originariamente contrario a los derechos y libertades fundamentales. Ello se hace con el fin de evitar abusos de los poderes públicos, quedando expuesto todo el acervo probatorio a su expulsión procedimental, tanto el obtenido originariamente con una violación de tal tipo, como el derivado de dicha transgresión. A ello se refiere precisamente el artículo 11.1 LOPJ al negar los efectos de las pruebas obtenidas *indirectamente* mediante la violación de derechos fundamentales. En estos supuestos es donde el citado precepto adopta su mayor protagonismo.

Es opinión doctrinal comúnmente compartida, la que afirma que la dicción del legislador en este artículo no fue muy acertada. Hubiera sido aconsejable que se refiriera a las pruebas *directa o derivadamente* obtenidas con violación de derechos fundamentales o incluso de forma *inmediata o mediata*, pues de ambos significantes se deduce que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales debe ser inadmitida, tanto sea la conseguida directamente con violación, o como cuando se trate de la prueba lícita pero derivada de una que se obtuvo con la vulneración. Entenderlo de otra forma entraña el riesgo de admitir subterfugios destinados a dejar en el proceso lo obtenido derivadamente de este tipo de transgresiones.

Si bien esta doctrina sobre la “eficacia de la prueba refleja” nació con una vocación absoluta, fruto del momento histórico y de la necesidad de potenciar estas garantías procesales *ad extremum*, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido relativizándola y/o excepcionándola. Y esto resulta razonable pues, de otra forma, también podría llegar a propiciarse que un detenido, por ejemplo, utilizara el sistema procesal para dar lugar a pruebas ilícitas ante la policía con el fin de lograr con posterioridad la nulidad de todo lo actuado tras su

obtención³⁹. Se debe, entonces, hallar el nada fácil equilibrio entre la exigencia constitucional garantista de los derechos fundamentales y la eficacia en la investigación del crimen.

Es reiterada la jurisprudencia que afirma que las pruebas derivadas son legítimas o lícitas, en sí mismas consideradas o desde una perspectiva constitucional (STC 81/98, 41/98, 238/99). Tal afirmación se convierte en el vehículo habilitante para intentar salvar aquellas pruebas derivadas cuando, de otra forma, no se disponga de “otras pruebas” que justifiquen el mantenimiento de la condena. Sobre esta base el Tribunal Constitucional crea su teoría sobre la desconexión de antijuridicidad.

La garantía de inadmisión, en este caso, se deriva con exclusividad de una norma de legalidad ordinaria como es el artículo 11.1 LOPJ; porque, si no existiera este precepto, no podría atentar contra el proceso: lo que desde una perspectiva constitucional es lícito. En este caso, no es de aplicación el artículo 238 LOPJ por la razón de que sobre estas pruebas no existe vicio invalidante. Sólo el mandato del artículo 11.1 LOPJ justifica la expulsión del proceso de este material probatorio.

C. EL SUPUESTO DEL IMPUTADO INOCENTE Y LA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE TERCERO NO IMPUTADO PROCESALMENTE: ¿APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN?

Las posibles excepciones que se formulen y admitan a esta regla de la exclusión de pruebas ilícitas, deben basarse en la presunción de inocencia del imputado afectado por la violación del derecho fundamental en cuestión y no en interpretaciones torticeras tendentes en lograr admitir en el proceso lo que es fruto del abuso policial o de la negligencia judicial⁴⁰.

No resulta difícil imaginar que tras la violación de un derecho fundamental en la obtención de una fuente de prueba, se llega a la conclusión de que, precisamente, el imputado-procesado es inocente y no culpable. En

este escenario, la entrada en funcionamiento del artículo 11.1 LOPJ impediría introducir en el proceso esas pruebas que demostraran su inocencia. ¿Debe prevalecer en este caso la búsqueda de la verdad material? Creemos que sí, porque nuestro sistema procesal no puede permitir que un inocente sea culpado⁴¹; ¿tendría aún así derecho a ser reparado por la violación de ese derecho fundamental material?⁴² La respuesta vuelve a ser afirmativa porque la violación del derecho fundamental se ha ocasionado. ¿Se habrá violado la garantía procesal? Efectivamente, aunque en definitiva el resultado haya sido positivo, en aras de asegurar el ilimitable derecho fundamental a la presunción de inocencia. Esta ponderación entre derechos fundamentales en conflicto corresponde hacerla a la jurisdicción.

El caso contrario lo encontraríamos en el supuesto en que se utilizan las pruebas ilícitas para condenar a un sujeto, sobre la argumentación de que el derecho fundamental violado en una investigación pertenece a un tercero ajeno al proceso. Así se observa claramente en la STC 238/1999 (FJ 4º), donde esa no titularidad del derecho invadido rompe el nexo de antijuridicidad existente entre la ilicitud originaria y la prueba derivada apta para condenar. Este argumento nos parece enormemente peligroso, pues abre la puerta a intervenciones telefónicas generales o con carácter preventivo, a sabiendas de que lo obtenido podrá ser utilizado en juicio contra aquellos procesados no titulares del teléfono. Además parece una paradoja el hecho de que, dependiendo del resultado de la violación (afección de un derecho fundamental de un implicado o de alguien que finalmente no lo resulta), el efecto sea distinto para aquellos afectados por pruebas derivadas.

En opinión de DÍAZ CABIALE, en este punto radica uno de los aspectos más criticables de la aludida Sentencia, pues esta garantía procesal era hasta ahora ilimitable y a partir del pronunciamiento de la STC 81/98, objeto de estudio, se admite tal restricción del artículo 24 CE (en su faceta de garantía del derecho al proceso justo) en aras de la verdad material.

D. EXCEPCIONES A LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DE ÁRBOL ENVENENADO O A LA INEFICACIA DE LA PRUEBA REFLEJA. SUS ANTECEDENTES EN LA DOCTRINA ESTADOUNIDENSE

Pronto fueron surgiendo las excepciones (más o menos razonables) a la doctrina de los frutos del árbol envenenado en nuestra jurisprudencia. Para su comprensión es necesario contrastar nuestra evolución jurisprudencial con la norteamericana.

a) La doctrina de la fuente independiente

La presente teoría es válida y compatible con la esencia de nuestro proceso penal, tal y como pretendió entenderlo nuestra Constitución. Es conforme, por tanto, con los derechos fundamentales y el derecho al proceso celebrado con todas las garantías. La *independent source* o teoría de la fuente independiente logra justificar la independencia causal entre dos pruebas aparentemente derivadas la una de la otra. Es muy numerosa la jurisprudencia existente en este sentido y que sigue las bases establecidas en el caso *US vs. Ceccolini*⁴³. Esta teoría resulta acorde con todo el sistema procesal constitucional, pues la existencia de una desconexión causal entre los hechos origen de la ilicitud y las pruebas encontradas es razón suficiente para que el Juez pase a ponderarlas y puedan constituirse como prueba de cargo, ya que ellas en sí mismas consideradas carecen de ilicitud alguna.

b) La doctrina del hallazgo inevitable

La doctrina del hallazgo inevitable (*inevitable discovery*), pretende romper la ilicitud de que adolece esa prueba derivada de la ilícita, bajo el argumento de que esa presunción de “inevitabilidad” justifica su admisión. Tarde o temprano —viene a afirmar esta doctrina— se hubiera llegado al mismo resultado de forma lícita y ello es lo que legitima su admisión⁴⁴.

En conclusión, su exclusión no produce ningún efecto disuasorio sobre la policía o Jueces.

Pretende ser algo similar a la fuente independiente, pero basada en un juicio hipotético o “suerte de especulación” que permite seguir la investigación⁴⁵. Esta doctrina fue utilizada por primera vez en USA en 1984 en el caso *Nix vs. Williams* (467 US 1984), donde se justificaba la admisión de estas pruebas derivadas porque podían perfectamente haberse obtenido sin tal ilicitud o irregularidad.

Esta doctrina jurisprudencial norteamericana ha tratado de tasar tres límites a este nivel de diligencia exigible a los poderes públicos: la buena fe, la ausencia de efecto disuasor y la existencia de una investigación abierta. A pesar de la intención de estabilizar estas excepciones por parte de nuestra jurisprudencia, consideramos que nuestro sistema de garantías no es del todo compatible con este sistema tasado que, en definitiva, no es más que una descarga de responsabilidad de nuestros poderes públicos en materia investigadora. No pedimos que estos sean infalibles, pero tampoco creemos que sea aceptable un margen de “normalidad” o estabilidad en su negligente actuación. Los riesgos de admitir esta línea conllevan un claro déficit para el Estado de Derecho e indudable coste para los derechos fundamentales. La explicación de esta negativa podría entenderse si observamos la razón de ser de la creación del principio *in dubio pro reo*.

Por último, incidir en la idea de que no se debe confundir con los “hallazgos casuales”, que son meros descubrimientos de otros delitos a través de actos de investigación⁴⁶.

c) La doctrina del nexo causal atenuado

Llegado este punto, ya se habrá deducido que la teoría del nexo causal atenuado o *purged taint* se encuentra a medio camino entre el reconocimiento de la validez de las pruebas derivadas de la obtenida ilícitamente y la teoría de la fuente independiente. Así se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁷.

La jurisprudencia norteamericana, acorde con su amplio sistema de excepciones, ha objetivizado determinados parámetros para entender cuándo ese nexo se encuentra atenuado, conforme se deriva del caso *Brown vs Illinois* (1975)⁴⁸. Allí se explicitan tres tipos de razonamientos:

- a) cuando la prueba derivada se use para “fines raros o inusuales”, parece extraño que la policía pudiera actuar con tales móviles y, por tanto, la exclusión de la prueba pudiera no llegar a tener eficacia disuasoria alguna;
- b) igualmente, se ha de poner en ponderación la cantidad de derecho invadido (intensidad de la infracción);
- c) y, por último, se ha observado la argumentación necesaria para romper dicho nexo lógico existente entre ambas pruebas, de modo que no se tenga que acudir a “argumentaciones sofisticadas”.

Todo ello se cumple cuando existe, a tenor de esta sentencia, un elemento de voluntariedad de una confesión o una testifical o el lapso temporal entre la ilicitud y el nacimiento de la prueba derivada.

d) La doctrina de la función protectora de la norma

Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Federal *Hudson v. Michigan 2006* ha ido más allá de esa propuesta de tasación de criterios que deben admitir tales pruebas directas y causalmente conectadas y ha recogido expresamente que la “función protectora de la norma transgredida” por el poder público debe entrar en consideración en el juicio de ponderación que haga el tribunal, habilitándole para desconectar lo que causal y jurídicamente está conectado⁴⁹. Como se afirma en esta sentencia, “la exclusión de las pruebas es nuestro último recurso, no nuestro primer impulso” y, por tanto, lo que venía siendo algo excepcional (admitir pruebas ilícitas conectadas), se convierte en la regla general. En nuestra opinión, ésta es la consecuencia lógica de haber

admitido la teoría del nexo causal atenuado y el descubrimiento inevitable.

Son cuatro las premisas que identifican esta nueva postura:

a) La teoría del nexo causal atenuado supone que las pruebas derivadas de la originariamente ilícita son útiles y valorables, dado que razones de lapso de tiempo transcurrido, grado de vicio cometido, etc. atenuaban hasta su desaparición la ilegalidad de la mancha que cubría la primera acción. “Sin embargo, en el caso *Hudson* se presentaba una cuestión absolutamente novedosa. Ninguno de los dos factores habitualmente tomados en consideración a tal efecto tenía relevancia alguna”⁵⁰. De ahí que la Corte Suprema introdujera el criterio del “fin de protección de la norma vulnerada”⁵¹.

b) En segundo lugar, parte la Corte Suprema de la creencia de que la aplicación de la doctrina de la exclusión de las pruebas ilícitas supone dejar libre a los “culpables” y “peligrosos” y conlleva, como consecuencia, que los “agentes policiales se sientan inclinados a esperar más de lo que legalmente se requiere, lo que conllevaría que se favoreciera la violencia contra la policía, en unos casos, y destrucción de pruebas, en otros”. Por tanto, “los costes sociales” son el argumento a tener en cuenta en esta regla de ponderación.

c) Por último, alude la referida sentencia a la inutilidad de la expulsión probatoria por no producir efectos disuasorios ni preventivos en la actuación policial. Sólo la profesionalización de los cuerpos de policía puede contribuir a tal fin, afirma la sentencia. En tal sentido —continúa— es más efectivo el recurso a los remedios civiles para que el ciudadano sea resarcido en los derechos violentados, que la exclusión de las pruebas.

Esta postura enlaza directamente con la doctrina establecida por la del Tribunal Constitucional 81/1998, que pasamos a comentar a continuación.

e) La ausencia de mala fe en los investigadores penales

En la jurisprudencia española, el denominado efecto disuasorio sobre la policía o el *deterrence effect* de la doctrina anglosajona⁵² tienen una aceptación importante (STC 81/1998, de 2 de abril, 171/1999, de 27 de septiembre o, entre otras muchas, STC 22/2003, de 10 de febrero). En todos estos casos, el Alto Tribunal enlaza de una forma expresa la vulneración del derecho (que les lleva al descubrimiento de nuevas fuentes de prueba) con la buena fe policial y —sobre la base del descubrimiento inevitable— justifica la impertinencia y carácter excesivo de la expulsión de la prueba, pues ello no tendría ningún efecto sobre la actuación.

Resulta difícil presentar un argumento decisivo en esta concreta materia. Pensemos en cualquier otro servidor público como, por ejemplo, un médico. La negligencia es igualmente castigada. Queda la duda de si también debe ser aplicable esta teoría a los supuestos de buena fe policial por error invencible⁵³, porque el deber de diligencia le debe ser exigido hasta donde razonablemente sea posible. Aceptar esto supone, como mínimo, exigir que quede acreditada de forma indubitada la buena fe policial. Según nos mostremos o no partidarios de admitir esta situación, como vemos, las consecuencias procesales-constitucionales serán absolutamente diferentes.

5. LA STC 81/98, DE 2 DE ABRIL Y LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA “TESIS DE DESCONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD”

La presente Sentencia supone el replanteamiento integral de toda la doctrina de los frutos del árbol envenenado y, por tanto, del artículo 11.1 LOPJ que la consagra⁵⁴.

Con la presente línea jurisprudencial se abrió el camino a una interpretación relativa a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales

les, aun existiendo una relación clara de causalidad *fáctica* entre el resultado probatorio y la intervención ilícita, puedan proceder a *romper la conexión de antijuridicidad* entre el resultado de la violación y la fuente/medio de prueba obtenido. El necesario debate abierto a partir de esta sentencia, aunque nada pacífico, incide en la necesidad de que el Juez llegue a la “verdad forense”⁵⁵ con plena confianza en el derecho, sin aprovechamientos o atajos procesales en favor del que quebranta la paz social, pero tampoco para el que debe velar por la misma.

A. ¿EN QUÉ CONSISTE LA DENOMINADA “TESIS DE DESCONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD” DE LA STC 81/1998?

El punto de partida propuesto en la citada línea jurisprudencial establece un test triple tendente a valorar la gravedad de la ilicitud y de la prueba derivada de dicha trasgresión⁵⁶ y, en su caso, llegar a poder formular un juicio de desvinculación “jurídica”, que justifique la admisión de la prueba refleja⁵⁷.

En líneas generales, consideramos que la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en esta sentencia reordena acertadamente ideas básicas en la materia probatoria, aunque también provoca —como decimos— un punto de inflexión en el entendimiento constitucional del derecho al proceso con todas las garantías y, por tanto, en los derechos fundamentales. Esta doctrina se puede resumir del siguiente modo:

1) La garantía de inadmisión de las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental no tiene ubicación en precepto constitucional. El Tribunal Constitucional parte de la reiteración de una idea ya expuesta en la línea jurisprudencial abierta con la STC 114/1984; a saber, sigue sin reconocerse la existencia de un derecho procesal fundamental y autónomo del sustantivo⁵⁸.

2) Aceptar estas pruebas reputadas ilícitas por conexión causal, afirma el Tribunal, a lo

sumo, puede llegar a violar el proceso celebrado con todas las garantías; para ello hay que observar *conjuntamente* el derecho fundamental sustantivo y sus límites o garantías procesales en su restricción (limitaciones de rango constitucional)⁵⁹.

3) Para el alto Tribunal la presencia de estas pruebas en el proceso y su valoración para la realización del proceso de “desconexión” no contrarían el principio de presunción de inocencia, que sólo se viola cuando se condena sin prueba de cargo constitucionalmente válida; es decir, dicha presunción pasa a ser canon de validez de la *sentencia* penal⁶⁰. Este “juicio de experiencia” consistente en determinar la existencia de conexidad antijurídica entre pruebas ilícitas originarias o derivadas, se realiza bajo la cobertura del principio del proceso debido, que se convierte aparentemente en el test de validez de las pruebas, que las convierte *desde una perspectiva natural* en pruebas independientes⁶¹. Rota la antijuridicidad en la fase de admisión y/o de valoración, el Juez ya puede entrar a practicarlas y/o valorarlas. Con ello se logra salvar determinadas pruebas de la aplicación de la garantía procesal y del artículo 11.1 LOPJ. Ninguno de los dos entrará en juego.

4) Sólo cuando se viole la presunción de inocencia, otorgará el amparo el Alto Tribunal pero, además, se exige que se haya fundamentado la enervación de la presunción de inocencia como única prueba de cargo⁶². En conclusión, la función del alto Tribunal se centra en comprobar la razonabilidad de ese juicio de experiencia sobre la conexión o no de la antijuridicidad de la prueba originaria con la derivada, realizado por la Jurisdicción ordinaria⁶³.

5) Ese “juicio de experiencia” que deben realizar los órganos jurisdiccionales consiste en formular un triple test, articulado a través de dos correctores; por un lado, se atiende a las características de la vulneración (o a su intensidad o gravedad del vicio constitucional alegado) y por otro, atiende, desde una *perspectiva interna* , al resultado obtenido tras la vulneración y, desde una *perspectiva externa* , observa las necesidades esenciales de tutela del derecho sustantivo (FJ 4º)⁶⁴.

B. VALORACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA DESCONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD

La presente doctrina, en nuestra opinión, de alguna forma estructura todo su análisis sobre la base del derecho fundamental sustantivo vulnerado en cuestión y en el resultado obtenido, lo que parece dejar intuir que el Tribunal Constitucional sobrevalora el derecho sustantivo violentado y lo prioriza sobre el derecho al proceso celebrado con todas las garantías (FJ 2º). Según el alto Tribunal, para averiguar si ha habido violación de las garantías procesales, debemos observar conjuntamente el derecho fundamental sustantivo y sus límites constitucionales con el resultado obtenido, así como “las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho exigen”⁶⁵.

Someter la legitimidad de la intervención puesta en entredicho (por su vinculación con el derecho fundamental directamente violado) al resultado obtenido, puede conllevar dar soluciones distintas ante violaciones idénticas⁶⁶. Se entiende perfectamente las necesidades últimas que mueven estas premisas pero, en nuestra opinión, puede contribuir a acrecentar la inseguridad de los poderes públicos que se ven abocados a actuar con celeridad y se puede llegar a afirmaciones tales como la mantenida en la Sentencia *Hudson vs Michigan* (2006): “la exclusión de las pruebas es nuestro último recurso, no nuestro primer impulso” y, por tanto, lo que venía siendo algo excepcional (admitir pruebas ilícitas conectadas), se convierte en la regla general⁶⁷.

Esta teoría parece ser una traslación de la teoría de la imputación del derecho penal que, con buena voluntad, intenta superar la vetusta concepción de la causalidad⁶⁸. Pero las normas de adquisición de pruebas son una garantía de los derechos fundamentales con un entendimiento, aplicación y eficacia intra-procesal. “Acción” y “resultado”, propios de la tipicidad penal no parecen ser categorías válidas en el proceso celebrado con todas las garantías. En materia probatoria debemos hablar de “derechos” y “cargas” y en este debate debe moverse

el entendimiento e interpretación del artículo 11.1 LOPJ y el “juicio de experiencia” que debe explicar (motivar) el juez al atender al acervo probatorio en el contexto del derecho al “fair play”.

Dentro de las obligaciones derivadas del “proceso celebrado con todas las garantías”, no corresponde al juez enjuiciar la actitud y diligencia de los poderes públicos (acción y resultado), que deben velar por la paz social y por nuestros derechos en su búsqueda por la verdad histórica⁶⁹. Por esta razón, consideramos que introducir como parámetro de validez del acervo probatorio conectado estos criterios ajenos a los fundamentos del derecho procesal nos parece algo sofisticado y artificial, sin perjuicio de entender la bondad pretendida con tal creación jurisprudencial. El enjuiciamiento de la actitud y diligencia de los poderes públicos en poco o nada compete al derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías. En conclusión, existe un deber judicial de explicar si la tutela del derecho fundamental agraviado exige expulsar todas las pruebas (también las derivadas) para que el ciudadano sienta que nuestro sistema judicial no permite atajo alguno en la obtención de la verdad⁷⁰ y este deber, ahora sí, pertenece al derecho fundamental procesal objeto de estudio.

La siguiente duda que plantea esta postura jurisprudencial atiende a averiguar si es función del Juez confirmar la validez de la norma constitucional *a priori* afectada en la investigación. El proceso repudia los efectos de la transgresión y, si el juez pretende afectar esta norma, sería razonable entender que solo una ley orgánica respetuosa de los requisitos del artículo 53 pudiera hacerlo —y en todo caso, conforme a los parámetros integradores del derecho al proceso celebrado con todas las garantías ex artículo 24.2 CE—. Que haya un notable vacío legal que sufren nuestros operadores aplicadores de las normas, no significa que se pueda suplir con la interpretación judicial nutrida de “teorías que están afectando a derechos fundamentales”⁷¹. Mientras no exista un sistema de excepciones regulado por la ley, el artículo 11.1 LOPJ se tiene que aplicar, por-

que el derecho al proceso celebrado con todas las garantías (del que forma parte este precepto) no puede ser diferente para los ciudadanos en función del tipo de error cometido por la policía o el juez⁷².

Llegado este punto, afirma el Tribunal, tras admitir esta posibilidad de romper este juicio de antijuridicidad por los Tribunales, nada obstará a admitir las pruebas subsiguientes. Lo importante es que exista prueba de cargo (porque su falta afecta a la *presunción de inocencia*) y que no ofrezca dudas sobre su culpabilidad (*in dubio pro reo*). En conclusión, se ha producido el efecto contrario al buscado en 1984 con la Sentencia 114/1984 pues, mientras que ella plasmó la regla de exclusión de estas pruebas directas y derivadas (sobre la base de lo acontecido en USA), en 1998 se acabó de consagrar la doctrina del árbol envenenado pero reduciendo, en primer lugar, la garantía procesal para poder así, en segundo término, negar una aplicación excesivamente garantista de esa doctrina. Corremos el riesgo, entonces, de que se produzca el aludido desmantelamiento de la *exclusionary rule* y la *fruit of the poisonous doctrine*⁷³.

C. DOS SUPUESTOS DE APLICACIÓN COMPATIBLE ENTRE LA “TESIS DE DESCONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD” Y EL RESPETO AL DERECHO AL PROCESO Y SUS GARANTÍAS

Tras estas líneas llegamos a la conclusión de que es razonablemente admisible la aplicación de la denominada teoría de la desconexión de antijuridicidad sin atentar contra el contenido esencial del derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías, en aquellos casos en los que, estando causalmente conectadas ambas pruebas —originaria y derivada—, jurídicamente quedan desconectadas —no debido a la labor de análisis, interpretación y “sanación” de un juez—, sino porque hay un acto voluntario del sujeto que tenía a su favor la posible aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado y consciente

de tal derecho (a través de la información del mismo por su letrado o por la autoridad judicial) decide colaborar con la justicia y bien confesarse, entregar la documentación que le imputa⁷⁴ o declarar contra su cónyuge o familiar, renunciado a la dispensa que tiene. Todo ello, *sin perjuicio de entender expulsado del proceso todo el acervo probatorio declarado ilícito*, lo que le impone al juzgador la obligación de justificar una hipotética condena sobre la base de la existencia de prueba de cargo suficiente (a pesar de haber salido del proceso una gran parte de esas fuentes de pruebas); lo que dificulta la existencia de este tipo de supuesto pero no lo imposibilita⁷⁵.

En conclusión, en el momento actual se puede afirmar que la desconexión de antijuridicidad, propuesta por la STC 81/1998, de 2 de abril, es respetuosa con la Constitución y el derecho al proceso celebrado con todas las garantías en los supuestos de renuncia del imputado, asesorado por su letrado, al derecho a no autoincriminarse, así como en las declaraciones testificales son disponibles por el propio testigo, pues esa *voluntariedad en la declaración*, una vez *asistida de letrado* —y siempre que se *expulse del proceso* lo obtenido mediante las declaraciones ilícitamente obtenidas—, rompe dicha conexión de forma natural por la persona implicada en ese acto generador de fuentes de prueba; nos encontraríamos ante una prueba jurídicamente independiente⁷⁶.

Finalmente, se ha defendido por alguna doctrina que también debiera admitirse la legitimidad de esta exclusión de la garantía establecida en el artículo 11.1 LOPJ en los supuestos de buena fe policial por error invencible⁷⁷, porque el deber de diligencia le debe ser exigido hasta donde razonablemente sea posible; en estos casos —se argumenta— que las necesidades de tutela del derecho fundamental violado no quedan protegidas por la consecuente aplicación del 11.1 LOPJ y la regla de la expulsión. Se olvida la misma de considerar que el artículo 11.1 LOPJ no tiene su fundamento último y exclusivo en la protección de los derechos fundamentales, sino que es una garantía del derecho al proceso, justo y equitativo, para

las partes implicadas en el mismo (24.2 CE). En este caso, si se expulsa es, exclusivamente, porque un juez hace ese juicio de ponderación sobre las limitaciones derivadas del 11.1 LOPJ y, en este sentido, ya hemos visto que un juicio de esas características corresponde al legislador de conformidad con el artículo 53 CE. Según nos mostremos o no partidarios de admitir esta situación, como vemos, las consecuencias procesales-constitucionales serán absolutamente diferentes.

Por último, señalar que estas ideas que venimos desarrollando ya han sido apuntadas desde alguna jurisprudencia, conforme se encuentra en el voto particular de la STS 1/2006, de 9 de enero (Magistrado Ponente D. Perfecto Andrés Ibáñez).

D. CONCLUSIONES

Sirva como primera conclusión las palabras de CALDERÓN CUADRADO cuando afirma que “El derecho a un proceso con todas las garantías intenta salvaguardar la presencia de ciertas instituciones específicas en la ordenación y tramitación de la realidad procesal, de tal forma que su ausencia, la falta de cualquiera de ellas, bien en la configuración legal del modo en que debe realizarse el derecho objetivo por los órganos jurisdiccionales, bien en la propia actuación de estos últimos, origina la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. Y desde luego, también (...) parece deducirse la imposibilidad de entender lesionado el artículo 24.2 CE ante una posible suma de anomalías en la normativa del proceso o de irregularidades en su propio desenvolvimiento”⁷⁸. Se trata éste de un punto de partida en el desarrollo de este concepto jurídico indeterminado y de contenido plural, que está por delimitar, y que incluye derechos tan dispares como el de la imparcialidad del juzgador, el derecho al recurso, la igualdad de trato o la necesidad de intérprete, etc.⁷⁹.

Precisamente no parece difícil concluir que, tras el pronunciamiento del Tribunal Consti-

tucional 81/98, del 2 de abril, se ha desarrollado un nuevo y preciso alcance de este derecho al proceso celebrado con todas las garantías en cuanto a una de sus facetas, en concreto la relativa a las garantías que rodean la obtención de las fuentes de prueba y su calidad; es decir, este derecho al proceso pasará a ser el canon interpretador de la licitud o ilicitud de las pruebas⁸⁰, generándose una reubicación de la garantía de la inadmisión de las pruebas ilícitas (art.11.1 LOPJ), precisamente en este derecho fundamental. En definitiva, ello dificulta la admisión de excepciones aleatorias y la supeditación de su proteccionabilidad (amparo constitucional) a la afectación de la presunción de inocencia, al condenarse sobre pruebas afectadas por la ilicitud.

Aceptar esto supondría:

1) Negar la “garantía primaria”, es decir, ese derecho del ciudadano a que sus derechos fundamentales afectados en un marco de investigación se restrinjan de forma respetuosa con la configuración legal exigible por la Constitución y Leyes de desarrollo y que obligue a los poderes públicos a autolimitarse en cualquiera de sus intervenciones y su *modus operandi* se haga con plena supeditación a estas normas, so pena de expulsión, como exigencia positiva de actuación para estos poderes, y ello en los términos establecidos en el artículo 11.1 LOPJ para las pruebas “causalmente conectadas”. (art.11.1 LOPJ).

2) En segundo lugar, implicaría un desconocimiento de la garantía secundaria del derecho en cuestión (art.24.2 CE), que es parte integrante de todo derecho fundamental, su proteccionabilidad o justiciabilidad⁸¹. La consecuencia práctica es obvia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues es abundante el número de pronunciamientos en sentencia declarativa denegatoria del amparo pero estimatoria de la vulneración de este derecho al proceso celebrado con todas las garantías, que no da lugar a nada más. Esto deja en papel mojado el presente derecho fundamental⁸².

NOTAS

1. Decisión Marco 2008/978 JAI del Consejo, de 18 de diciembre (Exhorto Europeo de Obtención de pruebas), Ley 18/2006 de 5 de junio (Sobre la Eficacia de la Unión Europea de las resoluciones de Embargo y Aseguramiento de pruebas en procedimientos penales), el Libro Verde sobre la obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de su admisibilidad (Ver nota 13).
2. RUBIO LLORENTE, F., “La rebelión de las Leyes”, en *Fundamentos* núm.4, Junta General del Principado de Asturias, 2006, p. 226.
3. Valga como ejemplo tanto en materia de derecho de defensa (derecho a guardar silencio, a no confesarse culpable, a la defensa letrada, no declarar contra uno mismo) como las limitaciones constitucionales a la obligación del testigo (secreto profesional y supuestos del artículo 416 LECrim), que tienen una naturaleza procesal.
4. En un Estado de Derecho éstas son muchas y, en nuestra opinión y como tesis de partida, entre ellas se encuentra el derecho a que el titular afectado (por una injerencia o limitación preprocesal o procesal ilícita) tenga garantizado el efecto invalidante de todo lo obtenido en una investigación sin la debida salvaguardia de los derechos y libertades fundamentales. Aceptar lo contrario —relativizar tales exigencias— significa admitir *por y según* el abuso de nuestros *cuidadores*.
5. Según se expondrá *infra*, desde la perspectiva del Convenio de Derechos Humanos viene dotado de un contenido menos fundamental y garantista que el asignado por nuestros propios tribunales.
6. STC 81/98 FJ 3º “A partir de estas premisas, ha de afirmarse que, al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida”.
7. Según DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, ha sido afectado el artículo 11.1 LOPJ. Para estos autores si hasta ahora el artículo 11.1 LOPJ “delimitaba” el alcance de la ineficacia directa y refleja de las pruebas ilícitas, ahora la STC 81/1998, “limita” esta garantía constitucional de índole procesal, de forma que el efecto reflejo ha sido parcialmente excluido de esa garantía constitucional. Es decir, en vez de haber creado una excepción (“delimitación”), ha reducido los contenidos de la garantía procesal (“limitación”). Esto —continúa estos autores— es una involución que implica la realización de un juicio “*ad hoc*”, DÍAZ CABIALE, J.A., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, 2001, p. 38.
8. “El Estado no tiene sólo una obligación negativa, de abstención, sino también la positiva de proteger (los derechos) en las relaciones individuales (...). La consagración destacada de estos derechos (...) no implica en modo alguno que éste quede descargado de su obligación positiva de definir y garantizarlos”, RUBIO LLORENTE, F., “La rebelión de las Leyes”, en *Fundamentos* núm.4, *op.cit.*, pp. 203-229, también FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción Andrés Ibáñez, P. y Greppi, A., Madrid 1999, p. 37
9. RUBIO LLORENTE, F., “La rebelión de las Leyes”, *op.cit.*, pp. 215 y 216. Todo derecho subjetivo fundamental goza de una doble dimensión. Por un lado, la objetiva que impone a los poderes públicos un deber general de protección y promoción de los mismos y, por otro, otra dimensión subjetiva y respecto al individuo que pasa a gozar de instrumentos o prestaciones concretas destinadas a salvaguardar estos derechos frente a los poderes públicos. Es decir, los primeros fijan los límites a la acción de los poderes públicos; los segundos, se refieren a finalidades y prestaciones necesarias para su ejercicio en un determinado ordenamiento. También DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid 2005, p. 36 y 37.
10. Valga como ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental cuya satisfacción exige del Estado, algo más que una mera abstención en su respeto (vertiente negativa del derecho fundamental). Exige una actividad positiva de nuestros gobernantes que se traduce en numerosos derechos, unos de rango fundamental y otros no. Y ello por la razón de que este derecho “es, por definición, un derecho procedimental, *due process*, que se afianza con el establecimiento de una organización, la jurisdiccional y con arreglo a uno principios universalmente consagrados que conforman el Derecho procesal: independencia, imparcialidad, reglas probatorias, en fin garantías procesales”, *vid.*

BAÑO LEÓN, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la constitución española, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, pp. 155 y ss.

11. RUBIO LLORENTE, F., “La rebelión de las Leyes”, *op.cit.*, p. 213.

12. No existe una identidad entre el derecho al proceso con todas las garantías y el derecho al debido proceso, dado que el ámbito de ambos es diferente, aunque estén íntimamente ligados entre sí. *Vid.* ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Bosch Editores, 1995.

13. Reglamento (CE) 861/2007 (Considerando 9), Decisión Marco 2002/584/JAI (Considerando 12), Decisión Marco 2003/577/JAI (Considerando 6), Decisión Marco 2005/214/JAI (Considerando 5 y 6), Decisión Marco 2006/783/JAI (Considerando 13 y 14), Decisión Marco 2008/675/JAI (Considerando 12), Decisión Marco 2008/841/JAI (Considerando 8), Decisión Marco 2008/909/JAI (Considerando 13), Decisión Marco 2008/947/JAI (Considerando 5), Decisión Marco 2008/977/JAI (Considerando 48), *Vid.* SENÉS MOTILLA, C., “Derecho a un proceso Equitativo, público y en un plazo razonable”, en *El espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Avances y derechos fundamentales en materia procesal*, VVAA (Coor. IGLESIAS BUHIGUES, J.L./CALDERÓN CUADRADO, P.), Civitas 2009. Sobre la integración del Convenio y la Carta *vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, J., “La protección de los derechos fundamentales en la Constitución Europea”, *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, VVAA (Coor. DE LA OLIVA SANTOS, A./ ARMENTA DEU, T./CALDERÓN CUADRADO, P.), Colex, 2007, p. 255 y ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, 2010.

14. “Al convenio sólo le interesa que el proceso se desarrolle de manera leal y objetiva, es decir, que constituya un auténtico *fair trial*. (...) Al Tribunal le corresponde comprobar que el procedimiento considerado en su conjunto, incluyendo el modo y la presentación de la prueba, revista carácter equitativo. (...) Además, la averiguación de la verdad está sujeta a ciertos límites derivados de la necesidad de respetar los derechos de defensa. Esto exige, en primer lugar, que los medios de prueba se hayan obtenido de forma regular y hayan sido objeto de la discusión contradictoria entre las partes. Además es necesario que los elementos de prueba sean compatibles con los principios reconocidos en la Convención y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, respeten la dignidad y la personalidad humana.

El artículo 6.2 del Convenio (...) exige que la culpabilidad se establezca legalmente, lo que determina la exclusión de las pruebas ilegales. La exigencia de una culpabilidad legalmente establecida ha sido considerada para fundamentar una teoría de la *exclusionary of rule* adaptada a las particularidades del procedimiento continental sancionando, no sólo la utilización de pruebas prohibidas u obtenidas de manera desleal, sino también las que se han obtenido directa o indirectamente mediante procedimientos irregulares. *Sin embargo la Comisión ha rechazado la posibilidad de residenciar en el principio de la presunción de inocencia el régimen de la administración de las pruebas. Para la Comisión este derecho no garantiza más que el derecho a ser presumido inocente, hasta que la culpabilidad haya sido establecida, mientras que el derecho a que la culpabilidad se establezca en el seno de un proceso garantizado legalmente afecta, más bien, a la noción de proceso equitativo*”, *vid.* LÓPEZ ORTEGA, J.J., “Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales en el Jurisprudencia europea”, *La Jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1993, pp. 263-264.

15. Entre otras, véase el caso SCHENK *vs.* Suiza (STEDH 12 julio 1988), BARBERÁ, MESSEGUÉ y JABARDO *vs.* España (STEDH 16 diciembre 1992).

16. En nuestra opinión, tal vez sea ésta la crítica más contundente a esta postura, pues hacer depender un derecho fundamental procesal del resultado que tal trasgresión supone frente a la totalidad de un proceso, es tanto como negar su autonomía y entidad como derecho subjetivo y como garantía procesal. En palabras de DE LA OLIVA esto supone un subversión jurídica devaluadora de las garantías, pues lo que hubiera ocurrido de observarse la garantía es mera hipótesis, *vid.* DE LA OLIVA, A., (VVAA), *Derecho Procesal. Introducción*, Ramón Areces, 2001, pp. 440-441.

17. DÍEZ-PICAZO, I., (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.), *Comentarios a la Constitución*, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1996, p. 96.

18. Siguiendo a ESPARZA LEIBAR, “el derecho fundamental al proceso con todas las garantías es la fórmula general por la que ha optado la Constitución en su art. 24.2, de forma que permita dar cobertura más amplia posible a las situaciones de expresamente contempladas por la normativa constitucional e internacional del 10.2 CE”, ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, *op.cit.* p. 216.

19. Se trata éste de un aspecto todavía no resuelto por nuestra legislación y jurisprudencia constitucional, que irremediablemente influirá sobre la concepción que se mantenga en torno al alcance de todos y cada uno de los derechos y garantías de contenido específico reflejados en el artículo 24.2 CE. Para un planteamiento de la cuestión, *vid.* CALDERÓN CUADRADO, P., “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, *Cuadernos de Derecho Público*, mayo-agosto 2000, pp. 153-178.

20. RUBIO LLORENTE, F., “Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 64, 2002, pp. 30 y 45 donde afirma que “aquellos que le imponen obligaciones positivas, especialmente la de proporcionar bienes o servicios, cuyo contenido no puede ser determinado por el juez”. De este mismo autor, “Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho”, en *Fundamentos* nº 4, 2006, pp. 204-233, cuya lectura es muy conveniente para comprender el tránsito de los derechos humanos a los fundamentales y la doble dimensión de estos últimos.

21. En nuestra opinión, la decisión judicial de no expulsar del proceso las pruebas que son ilícitas supone, en primer lugar, el desconocimiento del derecho fundamental material violado a través de la injerencia ilegítima, en segundo lugar, el desconocimiento del derecho al proceso celebrado con todas las garantías constitucionalmente protegidas y, finalmente, el desconocimiento de las garantías constitucionales que integran el derecho al proceso penal del ciudadano imputado-procesado, sin las cuales no existe proceso, ni tutela judicial efectiva. En este sentido MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional III*, Tirant lo Blanch, 17ª Ed. 2009, p. 27 y ss. y BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 1992, p. 102.

Hay numerosos supuestos en los que el Tribunal Constitucional tras aplicar a doctrina de la desconexión de antijuridicidad entre pruebas causalmente conectadas, el Alto Tribunal reconoce la violación del derecho fundamental sustantivo en cuestión así como la del derecho al proceso celebrado con todas las garantías, pero acaba condenando sobre la base de esas otras pruebas que él mismo ha desconectado y que, por tanto, a su parecer son suficientes pruebas de cargo para no vulnerar la presunción de inocencia.

22. En este sentido, muestra cierta discrepancia FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *op. cit.*, p. 59.

23. FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, 2007, así como en *Derechos y garantías: la ley del más débil* Trotta, 2004.

24. FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 59-65.

25. Se refiere al derecho a la intimidad (art. 18.1), a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), a la integridad moral (art. 15.1) en sus facetas del derecho al honor y a la propia imagen (art. 18.1), el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3), limitación del uso de la informática (art. 18.4) o el derecho a la nacionalidad (art. 11). Se trataría, en definitiva, de los *derechos de libertad* a los que se refiere FERRAJOLI a lo largo de su obra (*Derechos y garantías...op. cit.*).

26. JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Aalen, 1919, pp. 87 y 94., p. 87 y 94 y PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 1995, pág. 174 y MORENO CATENA, V., “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, *Poder Judicial*, II, p. 132.

27. En este segundo catálogo de derechos encontraríamos, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), el principio de legalidad penal (art. 25) o la amplia panoplia de derechos del artículo 24.2 CE, dentro de lo que la doctrina anglosajona ha venido a denominar el derecho al proceso justo o *due process* o, ya incluidos en el Título VI, la independencia judicial, la prohibición de los Tribunales de excepción, la unidad jurisdiccional (art. 117), la gratuidad de la justicia (art. 119), la publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120), el derecho a la indemnización por errores judiciales (art. 121), así como el derecho a ejercer la acción popular o formar parte del Tribunal del Jurado (art. 125). Estos derechos generan, en términos de FERRAJOLI, *derechos sociales* con una expectativa de prestación (*cit.*).

28. FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 61. Esta postura ha sido recientemente recogida en nuestra jurisprudencia, en la Sentencia del Tribunal Supremo 1/2006, de 9 de enero, Voto particular del Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

29. FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 61-62.

30. “El derecho a un proceso con todas las garantías intenta salvaguardar la presencia de ciertas instituciones específicas en la ordenación y tramitación de la realidad procesal, de tal forma que su ausencia, la falta de cualquiera de ellas, bien

en la configuración legal del modo en que debe realizarse el derecho objetivo por los órganos jurisdiccionales, bien en la propia actuación de estos últimos, origina la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. Y desde luego, también (...) parece deducirse la imposibilidad de entender lesionado el artículo 24.2 CE ante una posible suma de anomalías en la normativa del proceso o de irregularidades en su propio desenvolvimiento”, CALDERÓN CUADRADO, P., “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, *op. cit.*, p. 158.

31. En realidad deberíamos hacer una doble distinción. La prohibición de valorar lo obtenido directamente con violación de un derecho fundamental deriva de forma directa de la entidad y naturaleza de los derechos y libertades fundamentales; se infiere de las normas que los regulan. Y es la regla establecida en el art. 11.1 LOPJ la que obliga al juez a no valorar lo obtenido derivadamente, según se explicará *infra*. A este respecto es interesante la aportación de GUARIGLIA, F., *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Paraná, Editores del Puerto, 2005, p. 113.

32. Se trata de una “encomienda” activa al órgano jurisdiccional en virtud del valor que poseen los derechos y libertades fundamentales de posible afectación en un proceso y dependerá del desarrollo legal que cada legislador otorgue a este aspecto del *status positivo* del derecho al proceso garantista y respetuoso con los derechos constitucionales para que se admitan o no, por ejemplo, un sistema tasado de excepciones o un sistema basado en esa “ponderación”, tal y como ocurre en el sistema alemán.

Ello por la razón de que el juicio consistente en descifrar la conexión de antijuridicidad entre pruebas causalmente conectadas y la valoración de la licitud o ilicitud resultante, pertenecen sí, al derecho al proceso celebrado con todas las garantías y ello —irremediabilmente— tendrá sus efectos en la fase siguiente del juicio jurisdiccional de valoración de la prueba, sobre los que pesa la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*

33. A este respecto muy interesante el artículo de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: El caso *Hudson v. Michigan* y el ocaso de la *Exclusionary Rule* en EEUU”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 20, 2008, pp. 23-36.

34. GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coor.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch 2008.

35. Consideramos que el artículo 11.1 LOPJ se crea con la finalidad de que nada de lo obtenido en una investigación abusiva pueda tener valor. Todo aquello obtenido a partir de una vulneración directa de un derecho fundamental tiene sentido que sea expulsado del proceso de forma indiscutible e inmediata; el sentido de este precepto debe centrarse, por tanto, en el acervo probatorio obtenido de forma derivada. Entenderlo de otra manera supondría dar cierta cobertura a los actos invasivos de los poderes públicos que, si bien perderían todo aquello obtenido tras la violación del derecho, podría utilizar aquello obtenido de forma mediata. Esto constituiría, entonces, un fraude..

El artículo 11.1 LOPJ tiene valor sobre todo en relación a las pruebas derivadas, porque consideradas en abstracto, son lícitas si no fuera por la eficacia expansiva e invalidante del presente artículo.

36. GUARIGLIA, F., *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, *op.cit.*, pp. 82 y 89. Es decir, en nuestro ordenamiento, entre las pruebas “causalmente” conectadas, no puede el Juez formular esos juicios de desconexión contrarios al artículo 11.1 LOPJ, por tratarse de un precepto vinculado al artículo 24.2 CE y sólo la acción del legislador podría pasar a excepcionarlo de forma legítima.

37. Corresponde a la Jurisdicción pronunciarse sobre la existencia de una violación de derecho o libertad fundamental y sobre qué pruebas se encuentran o no *causalmente* conectadas entre sí, pero no puede “desconectar” lo que *causalmente* está conectado en contra del artículo 11.1 LOPJ.

38. DE LA OLIVA, A., “Eficacia y garantías procesales de la actividad”, (VVAA), *Fuentes de prueba y nuevas formas de criminalidad*, Universidad de Almería, Ed. a cargo de GÓMEZ AMIGO, L., pp. 50-52

39. Así se reconoce en la STC 86/1995 y el ATS 28 de enero 1998 cuando afirman que “una ampliación forzada del efecto expansivo del art.11.1 LOPJ podría producir un efecto contraproducente o perverso de debilitar su efectividad, dando entrada a la valoración de pruebas “diferentes” como si fueran pruebas “independientes”.

40. STS 14.III.1991 (Ar. 2133) afirma que estas pruebas no son subsanables ni explícita ni implícitamente y deben dar lugar a la subsiguiente responsabilidad.

41. A este respecto véase también DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, *La garantía...*, *op. cit.*, pp. 197 y ss. y la STC 238/1999, 20 de diciembre.

42. A este respecto *vid.* DÍEZ-PICAZO, I., *Comentarios a la Constitución...*, *op. cit.*, pp. 96 y BORRAJO INIESTA, I., “El derecho a la tutela sin indefensión (art. 24.1 CE): guión de cuestiones”, *Cuadernos de Derecho Público*, mayo-agosto 2000, pp. 54 y 55.

43. STS 4.III.97 (Ar. 2215) FJº 2 “La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior (“directa o indirectamente”), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directa de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente surtirían efectos. Los frutos del árbol envenenado deben estar y están jurídicamente contaminados. El efecto expansivo prevenido en el artículo 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)”.

44. STS 26/05/1997 “TERCERO.— En cambio procede la desestimación del motivo tercero. Con arreglo a la doctrina jurisprudencial de esta Sala la doctrina denominada como de los frutos del árbol envenenado que en nuestro ordenamiento jurídico tiene sede en el efecto indirecto de la vulneración del derecho fundamental que establece el artículo 11.1 de la Constitución, que es aplicación de la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado (“The tainted fruit”) o, genéricamente, doctrina de “los frutos del árbol envenenado” (“The fruit of the poisonous tree doctrine”), que esta Sala, en un reiterado cuerpo de doctrina (representado entre muchas, en las SSTS 210/1992, de 7 febrero (...), ha configurado a través de las notas siguientes: 1.º) No contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas. 2.º) *Que esa desconexión siempre existe en los casos conocidos en la jurisprudencia norteamericana como “hallazgo inevitable”* (SSTS 298/1994, de 7 febrero, 2054/1994, de 26 noviembre, 725/1995, de 5 junio y 499/1997, de 18 abril)”.

45. GOYENA, J., “Correcciones a la Doctrina...”, *Jornadas sobre la prueba ilícita penal*. Santa Cruz de Tenerife, *op.cit.* cuando afirma en relación a la Sentencia del tribunal Supremo de 21 de mayo 2002 (RJ 2002/7411) que recoge la licitud de la doctrina del descubrimiento inevitable que, “esta sentencia pone de manifiesto el carácter un tanto especulativo de la teoría del hallazgo inevitable, toda vez que, aun cuando se estima que la obtención de un molde en yeso de la dentadura del acusado fue ilegal (...), sin embargo el Tribunal Supremo concluye que, con los datos obrantes en la causa, “cualquier juez de instrucción hubiera tenido que decretar la diligencia”, lo cual no deja de ser una conclusión un tanto aventurada. De hecho en este caso, el Tribunal Supremo lleva a cabo una muy generosa aplicación del principio del hallazgo inevitable, toda vez que presume no sólo el inevitable resultado, sino también, el inicio de esa segunda y paralela investigación que conducirá, indefectiblemente, al hallazgo final”.

46. Al respecto nos parece muy clara la STS 28 abril 1995 (Ar. 2878) donde se autorizó un registro domiciliario para investigar un robo, hallándose casualmente droga. El problema surge cuando se amplía o modifica objetiva o subjetivamente el acto de investigación, extralimitándose de lo establecido en la autorización judicial. Esta autorización es una garantía para el investigado frente a la arbitrariedad de la policía, pero por contraposición puede frustrar una investigación ante los nuevos hechos delictivos. La jurisprudencia entiende, entonces, que se trata de una *notitia criminis* que la policía no debe desconocer o ignorar, pero que tampoco puede obrar sin el respeto de las garantías procesales exigidas por la Constitución y la LECrim. De esta forma, se exige que medie flagrancia para no suspenderse la acción policial.

47. MARTÍN GARCÍA, P., “Jurisprudencia Crítica I”, BIB 2000/2013, westlaw.es, Thomson Aranzadi.

En cualquier caso, por lo uno y por lo otro, ya no hay violación del precepto constitucional y, aunque prescindieramos del acta del registro como elemento probatorio, tampoco habría vicio de origen que impusiera la nulidad de las demás pruebas después realizadas. En este sentido, es clarificadora la línea divisoria establecida entre ambos conceptos en la STS de 14 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8142).

48. STS 25/01/97 (Ar. 109) “El hecho básico sobre el que se construye la condena, es absolutamente independiente y está totalmente desconectado de las averiguaciones realizadas a partir de las escuchas telefónicas declaradas nulas. La investigación policial termina con la detención de la acusada en el Aeropuerto para ser conducida a la Comisaría de Policía, donde no se le encuentra, en un primer momento, cantidad alguna de droga. *Por tanto, y al margen de la validez de la prueba inicial la detención no hubiera arrojado resultado alguno de carácter inculpatario ante la infructuosa búsqueda de la droga.*”

3. *Lo verdaderamente determinante para la inculpación de la recurrente nace de manera autónoma y de forma espontánea cuando el taxista que había transportado a la acusada a Comisaría, al realizar una limpieza del taxi encontró un paquete que estaba entre el asiento y la puerta y que como era del mismo color que la tapicería del coche no se dio cuenta, en principio, de su existencia. A partir de este dato, que surge de manera natural y automática, la Sala sentenciadora dispuso de un elemento probatorio nuevo que aparece totalmente incontaminado y sin relación directa ni indirecta con las sospechas acumuladas durante la investigación policial orientada en función de las escuchas telefónicas ilegales. El taxista que realizó el hallazgo comparece en el acto del juicio oral y explica la forma en que se produjo lo que, unido a una serie de datos obtenidos de la declaración de la acusada en el acto del juicio oral, asistida por su representación técnica y con la debida intermediación y contradicción, lleva a la Sala sentenciadora a la convicción de que la acusada transportaba esa droga para su venta a terceras personas. El fundamento de derecho tercero encadena una serie de indicios, tomados todos ellos a partir de la aparición de la droga, que considera suficientes para integrar, no solo a la tenencia material de la sustancia estupefaciente sino también al ánimo tendencial que da vida al delito. Suscribimos íntegramente el razonamiento realizado en relación con los indicios que se relacionan en el fundamento de derecho antes mencionado y resaltamos, una vez más, que tales elementos probatorios son de cargo y están total y absolutamente incontaminados por la invalidez de las escuchas telefónicas. Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado”.*

48. (*US vs. Ceccolini* 1978 y *Dunaway vs. New York* 1979).

49. Sentencia 126 S. Ct. p. 2159 (2006), comentada por GÓMEZ-JARA DIEZ, *op.cit* (*supra*).

50. Sentencia 126 S. Ct. p. 2161 (2006).

51. “La atenuación no sólo puede ocurrir cuando la conexión causal es remota, sino cuando la exclusión no sirve a los intereses protegidos por la garantía constitucional que ha sido vulnerada. Los intereses tutelados por la regla “llamar antes de entrar” incluyen la vida y la integridad física, la propiedad y la intimidad y la dignidad de las personas en la medida en la que pueden verse afectadas por una irrupción súbita. Pero esta regla nunca ha protegido el interés privado en que el Gobierno vea no vea u obtenga pruebas que aparecen en el orden de registro. Puesto que los intereses vulnerados no tienen nada que ver con la obtención de pruebas, la regla de la exclusión resulta inaplicable”, *cit.* Sentencia 126 S. Ct. p. 2161 (2006), citada por Gómez Jara (*supra*).

52. *United States vs. León* 1984 con su correlativo en la STC 282//1993, de 20 de septiembre).

53. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Coor. GÓMEZ COLOMER, J.L.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch 2008, p. 319. Recordemos nuestras palabras (*supra*), porque no pedimos que estos órganos policiales y judiciales sean infalibles, pero tampoco creemos que sea aceptable un margen de “normalidad” en su negligente actuación, hasta el punto de dar respaldo legal a posibles errores.

54. Art. 11 LOPJ “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”.

55. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Coor. GÓMEZ COLOMER, J.L.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch 2008, p. 322.

56. Resumiendo, se trataría de valorar tres datos: a) Magnitud de la violación (es decir, por ejemplo, la poca motivación del auto judicial que provocó la entrada y registro o la intervención telefónica); b) Entidad del resultado (por ejemplo, la confesión espontánea y legal del testigo que se encuentra dentro de la casa o noticia de una posible entrega de droga a partir del “pinchazo” telefónico); c) Necesidades de tutela del derecho fundamental sustantivo violado (importancia del bien jurídico protegido, incentivación de transgresiones legales en caso de ser admitida la prueba como válida).

57. Una revisión de esta sentencia puede verse en JUANES PECES, A., “La prueba prohibida. Análisis de la Sentencia 81/98 del Tribunal Constitucional. Un nuevo enfoque de la presunción de inocencia”, *Actualidad Aranzadi*, núm. 353, 30 julio 1998, pág. 1-4, y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Coor. GÓMEZ COLOMER, J.L.), *Prueba y proceso penal*, *op.cit.*, p. 322 y, por supuesto, en VIVES ANTÓN, S., “Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los frutos del árbol emponzoñado”, (*Tol 178872*), p. 1 y 2.

58. “Por eso, hemos podido afirmar que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía

objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho que la Constitución instaura, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso (STC 114/1984, fundamentos jurídicos 2. y 3.)” FJ 2º.

59. FJ 2 “Como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional constituida en Estado de Derecho, *los derechos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental*: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones”.

60. FJ 3 “La presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio —que sería la relevante en este caso— opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías; pero, puesto que la jurisdicción constitucional no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en su función exclusiva ex artículo 117.1 C.E. (SSTC 174/1985, fundamento jurídico 5.; 63/1993, fundamento jurídico 5., y 244/1984, fundamento jurídico 2., entre otras muchas) sólo accede a ella por vía de amparo cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, puede inferirse la culpabilidad, como hemos venido afirmando desde la STC 31/1981 hasta las más recientes (SSTC 24/1997 y 45/1997). *La presunción de inocencia, por tanto, como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, no puede erigirse, a la vez, en canon de validez de las pruebas: ese canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías tal y como ha sido especificado en el fundamento jurídico anterior*” (la cursiva es nuestra)

61. FJ 4 “A partir de estas premisas, ha de afirmarse que, al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el *derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia*. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; *pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida*. Por lo tanto, en casos como el presente, en los que lo que se discute es la dependencia o independencia de ciertas pruebas respecto a la previa vulneración de un derecho fundamental sustantivo —el secreto de las comunicaciones telefónicas del artículo 18.3 C.E.— nuestro análisis ha de discurrir a través de dos pasos que, por más que en la realidad puedan hallarse —como aquí sucede— íntimamente unidos, son lógicamente separables: en primer lugar, habremos de precisar si la valoración de tales pruebas ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías para, en segundo lugar y en consecuencia, decidir si la presunción de inocencia ha sido o no quebrantada” FJ 3º.

“Sólo en virtud de su origen inconstitucional (...) pueden quedar incluidas en la prohibición de valoración. En consecuencia, si desde la perspectiva *natural las pruebas* de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible”

62. En los demás casos, podremos encontrar la presencia de estas pruebas ilícitas en el proceso, incluso su valoración, pero sólo provocarán nulidad cuando se constituyeron como única prueba de cargo y el juicio de ruptura fue irracional, pues en el caso de haber “otras pruebas” independientes, la presencia procesal de tal violación conllevará a lo sumo una declaración de violación del derecho a un proceso con todas las garantías, pero en ningún caso la absolución del condenado, pues la convicción judicial se formó sobre otras pruebas. Véase el FJ 3º “La jurisdicción constitucional no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en su función exclusiva ex artículo 117.1 C.E., (...) sólo accede a ella por vía de amparo cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, puede inferirse la culpabilidad, como hemos venido afirmando desde la STC 31/1981 hasta las más recientes (SSTC 24/1997 y 45/1997)”.

63. FJ 5º “Esa afirmación que, desde la perspectiva jurídica que ahora estamos considerando, rompe, según la apreciación del Tribunal Supremo, el nexo entre la prueba originaria y la derivada, *no es, en sí misma un hecho*, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada. Por consiguiente, *no se halla exento de nuestro control*; pero, dado que, en principio, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, el examen de este Tribunal ha de ceñirse a la comprobación de la razonabilidad del mismo (ATC 46/1983, fundamento jurídico 6., y SSTC 51/1985, fundamento jurídico 9., 174/1985, fundamento jurídico 2.; 63/1993, fundamento jurídico 5., y 244/1994, fundamento jurídico 2., entre otras) y que, en el caso presente no puede estimarse que sea irrazonable o arbitrario, hemos de concluir que, desde el punto de vista antes expuesto, la valoración de la prueba refleja practicada en este caso no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías”.

64. Cabe recordar la Sentencia norteamericana dictada en el caso *Stone vs Powell, Brown vs Illinois y Hudson vs Michigan*, aludida con anterioridad, donde se reflejaba claramente un juicio muy similar al ahora introducido por el TC. Sobre esta coincidencia *vid.* también DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, *op. cit.*, p. 119.

“En supuestos como el aquí examinado, es decir, en los casos en que se plantea la dependencia o independencia de determinada actividad probatoria respecto de la previa vulneración de un derecho fundamental, hemos de empezar delimitando la zona problemática. Las pruebas puestas, desde la perspectiva constitucional, en tela de juicio, no resultan por sí mismas contrarias al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas ni, por lo tanto, al derecho a un proceso con todas las garantías. Sólo en virtud de su origen inconstitucional —como ponen de manifiesto tanto el recurrente como el Ministerio Público— pueden quedar incluidas en la prohibición de valoración. En consecuencia, si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible (...).

Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la *indole y características de la vulneración del derecho* al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un *punto de vista interno*, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una *perspectiva que pudiéramos denominar externa*, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. *Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo* (STC 11/1981, fundamento jurídico 8).

Una explicación muy clara de esta sentencia GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida”, *Prueba y Proceso penal*, (Coor. GÓMEZ COLOMER, J.L.), *op. cit.*, pp. 279-322.

65. Esto, en puridad, no es más que el *balancing test* realizado por la Jurisprudencia norteamericana, pero con cierta objetivización en sus premisas (Caso *Hudson v. Michigan*), Sentencia 126 S. Ct. p. 2161 (2006).

66. De hecho, existe abundante jurisprudencia en materia de intervención telefónica ilícita, basada en la poca motivación o control judicial, donde se menciona la obtención de un “dato neutro”, como forma de romper la conexión de antijuridicidad entre las pruebas, mientras que en otros, a pesar de ser la violación idéntica, se anula todo lo actuado porque la información fue determinante. Además, si a estos dos parámetros le unimos un tercero, tan vago como la disuasión de los agentes policiales, la transcendencia del bien jurídico protegido, etc., el balance es, si cabe, todavía más peligroso.

67. Con el fin de no incentivar la comisión de infracciones en la obtención de la prueba, el Tribunal Constitucional en esa misma sentencia, ha comenzado a hacer una delimitación de los mínimos exigibles en el supuesto de la protección del secreto de las comunicaciones. Cuando éstos concurran, la prueba será salvada y no entra en funcionamiento la eficacia anulatoria del artículo 11.1 LOPJ.

“La inconstitucionalidad sobreviene por la falta de expresión de datos objetivos que, más allá de las simples sospechas a las que hace referencia la solicitud policial, y pese a su calificación como indicios en el Auto del Juez, se estimaron necesarios por el Tribunal Supremo para que la medida pudiera adoptarse respetando las exigencias constitucionales. Pero, lo cierto es que esa doctrina, sin duda respetuosa del derecho fundamental, no es acogida de modo unánime por los Jueces y Tribunales. 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. Tampoco la entidad objetiva de la vulneración cometida hace pensar que la exclusión del conocimiento obtenido mediante la intervención de las comunicaciones resulte necesaria para la efectividad del derecho” (FJ 6º).

68. GÓNZALEZ CUSSAC, J.L., *op.cit.* p. 322.

69. Dicha actuación ilegal de esos concretos representantes de los poderes públicos no recibirá pena o castigo dentro del proceso en cuestión. Eso se dilucidará en otro proceso con otro objeto (ahora sí, de imputación).

70. Esta sería su única vinculación con el derecho penal: “Si la pena persigue la confirmación de la validez de la norma penal infringida por el delito, no se legitima su imposición si en el proceso se han infringido por la comunidad normas constitucionales que tutelan derecho fundamentales”, CHOCLÁN MONTALVO, “El tratamiento procesal de la

prueba ilícita”, *Jornadas sobre la Prueba Ilícita Penal*. Santa Cruz de Tenerife, 25 y 26 de junio 2009 www.juriscomer.com p. 2.

71. DE URBANO CASTRILLO, E., “La conexión de antijuridicidad: criterios jurisprudenciales actuales”, *Jornadas sobre la prueba ilícita en el proceso penal*, Las palmas de Gran Canaria 2009.

72. El propio GONZÁLEZ CUSSAC afirma el riesgo existente en torno a esta propuesta de teoría aplicable en materia de prueba del crear “dos sistemas de derecho, uno para los ciudadanos y otro para los enemigos”, p. 321.

73. Prueba de este desequilibrio en el binomio “libertad-garantías del imputado y seguridad-colectividad” es la propia Exposición de Motivos de la reforma parcial de la LECrim donde se proclamaba explícitamente la necesidad de proteger la segunda parte del binomio, es decir, la seguridad ciudadana frente a la posible impunidad del delincuente que, debido a la lentitud y carestía de la justicia, queda libre a la espera de un juicio (LO 8/2002, 24 octubre (BOE 258, 28 octubre).

74. Caso Gäfgen STJCE 30 de Junio 2008 (5ª Sección) (Recurso núm. 22978/05).

75. En esta línea véase ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, 2009.

76. Véase GOYENA, J., en relación con la doctrina de desconexión de antijuridicidad aplicada en la STC 136/2006, de 8 de mayo, en “Correcciones a la Doctrina de los frutos del árbol envenenado. El engaño del imputado”, *Jornadas sobre la Prueba Ilícita Penal*. Santa Cruz de Tenerife, 25 y 26 de junio 2009 www.juriscomer.com.

77. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.* p. 319.

78. CALDERÓN CUADRADO, P., “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 158.

79. CALDERÓN CUADRADO, P., “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.* pp. 168-178.

80. En conclusión, nos parece que, al igual que el Tribunal Constitucional ha ido desglosando los diferentes contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, procede ahora a desmenuzar otras muchas garantías a las que puede referirse este derecho, a sabiendas de que no todas pueden o deben tener un contenido fundamental. *Vid* CALDERÓN CUADRADO, P., “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, pp. 153-158 y DÍEZ-PICAZO, I., *Comentarios a la Constitución Española*, *op. cit.*, pág. 100 y véase todo el trabajo realizado por BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*

81. Recordemos, lo afirmado al inicio de este trabajo: “un derecho no garantizado no (es) un verdadero derecho”. *Vid*. FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 59.

82. Afirma DE LA OLIVA, “una debida inteligencia de los derechos y garantías procesales, comporta la debida protección de unas y otras. Si una norma garantizadora se infringe, la sanción por esa infracción no puede depender del efectivo resultado negativo que produzca el comportamiento antijurídico contrario a la norma de garantía. (...) Se provoca una grave subversión jurídica, devaluadora de las garantías en todos los terrenos”, DE LA OLIVA SANTOS, A., (VVAA), *Derecho Procesal. Introducción*, *op.cit.*, p. 441.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, 2009.

ARMENTA DEU, T., (VVAA), “La prueba ilícitamente obtenida”, *Fuentes de prueba y nuevas formas de criminalidad*, Universidad de Almería, Ed. a cargo de GÓMEZ AMIGO, L., 2001.

ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, 2010.

CALDERÓN CUADRADO, P., “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Cuadernos de Derecho Público*, mayo-agosto 2000.

- CARMONA RUANO, M., "De nuevo la nulidad de la prueba: ¿Es indiferente el momento en que puede declararse?", *Jueces para la Democracia*, núm.25, 1996.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites", *Poder Judicial* núm. 38, 1995.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "Tratamiento procesal de la prueba ilícita", *Jornadas sobre la prueba ilícita en el proceso penal*, Las Palmas de Gran Canaria 2009, www.juriscomer.com.
- DE LA OLIVA SANTOS, A./DÍEZ-PICAZO, I., *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Mc GrawHill, 1996.
- DE LA OLIVA, A., "Eficacia y garantías procesales de la actividad", (VVAA), *Fuentes de prueba y nuevas formas de criminalidad*, Universidad de Almería, Ed. a cargo de GÓMEZ AMIGO, L., 2001.
- DE URBANO CASTRILLO, E., "La conexión de antijuridicidad: criterios jurisprudenciales actuales", *Jornadas sobre la prueba ilícita en el proceso penal*, Las Palmas de Gran Canaria 2009, www.juriscomer.com.
- DE URBANO CASTRILLO, E., "La testifical del abogado como prueba ilícita", BIB 2001/2202, westlaw.es.
- DE URBANO CASTRILLO, E. y TORRES MORATO, M., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi 1997.
- DEL MORAL GARCÍA, A., "Prueba ilícita: Últimas Tendencias", *Jornadas sobre la ilicitud de la prueba*, Santa Cruz de Tenerife junio 2009, www.juriscomer.com.
- DÍAZ CABIALE, J.A./MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, 2001.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid 2005.
- ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Bosch Editores, 1995.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción Andrés Ibáñez, P., y Greppi, A., Madrid 1999.
- FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, 2007.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coor.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch 2008.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: El caso *Hudson v. Michigan* y el ocaso de la *Exclusionary Rule* en EEUU", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 20, 2008.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Coor. GÓMEZ COLOMER, J.L.), "La evolución de la teoría sobre la prueba prohibida aplicada al proceso penal español: Del expansionismo sin límite al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato", *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch 2008.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., "La protección de los derechos fundamentales en la Constitución Europea", *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, VVAA (Coor. DE LA OLIVA SANTOS, A./ ARMENTA DEU, T./CALDERÓN CUADRADO, P.), Colex, 2007.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital", *Jornadas sobre Prueba ilícita*, Santa Cruz de Tenerife, junio 2009, www.juriscomer.com.
- GOYENA J., "Correcciones a la Doctrina de los frutos del árbol envenenado. El engaño del imputado", *Jornadas sobre la Prueba Ilícita Penal*. Santa Cruz de Tenerife, 25 y 26 de junio 2009 www.juriscomer.com.
- GUARIGLIA, F., *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Paraná, Editores del Puerto, 2005.
- LÓPEZ ORTEGA, J.J., "Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales en el Jurisprudencia europea", *La Jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1993.
- MARCHENA GÓMEZ, M., "Dimensión jurídico-penal del correo electrónico", *Jornadas sobre la prueba ilícita de Gran Canaria, Jornadas sobre la Ilícitud de la Prueba*, Santa Cruz de Tenerife Junio 2009, www.juriscomer.com.
- MARCHENA GÓMEZ, M./LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Comares, 1994.
- MARTÍN PALLÍN, J., "Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal", *Poder Judicial*, Especial VI.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, Tirant lo Blanch 2009.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*, Tirant lo Blanch 2002.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, 2ª Edición, 2004.
- MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, 1999.
- MORENO CATENA, V., "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal", *Poder Judicial*, II.
- RUBIO LLORENTE, F. "Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho", en *Fundamentos* nº 4, 2006.
- RUBIO LLORENTE, F., "Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)", en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 64, 2002.

RUBIO LLORENTE, F., “La rebelión de las Leyes”, en *Fundamentos* núm.4, Junta General del Principado de Asturias, 2006.

SÁNCHEZ NÚÑEZ, T., “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de las nuevas tecnologías en la investigación penal”, Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia”, *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 2 (2007).

VIVES ANTÓN, S., “Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los frutos del árbol emponzoñado, (*Tol* 178872).

Fecha de recepción: 3 de marzo de 2011
Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2011