

Juan Alejandro Vallino Gutiérrez

Juez Sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. Socio FICP.

~El hallazgo casual y el descubrimiento inevitable como excepción a la ilicitud de la prueba en el proceso penal~

Resumen.- La teoría del fruto del árbol envenenado, nacida de la jurisprudencia norteamericana tuvo su reflejo en las resoluciones de nuestros Tribunales a partir de 1984, que dio comienzo en España a partir de la promulgación de la LOPJ, a un cuerpo jurisprudencial y doctrinal llamado a interpretar y a conjugar los diferentes derechos fundamentales en juego, diseñando la forma de actuar en las diligencias de investigación con el fin de evitar una trasgresión de derechos tan importantes como el derecho a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, creando figuras como el descubrimiento inevitable o el hallazgo casual, que dieran cobertura jurídica a los encuentros ocasionales surgidos en el seno de una investigación dirigida al esclarecimiento de otros delitos, no sin ciertos vaivenes en la doctrina fijada por nuestros Altos Tribunales.

Palabras clave.- Prueba ilícita, teoría del fruto del árbol envenenado, excepción, descubrimiento inevitable, hallazgo casual, conexidad, adición, flagrante, oscilación.

I. LA CONSTRUCCION LEGAL DE LA PRUEBA ILÍCITA

La Constitución Española (CE) no contiene norma alguna que regule la prueba ilícita y el tratamiento que de la misma haya de hacerse en el seno de un procedimiento, aunque si contiene un elenco de derechos de los que puede extraerse su aplicación, tales como el derecho a la defensa, a no declarar o a no declarar contra si mismo, a ser informado de las razones de la detención o de la acusación que se formule, todos ellos dirigidos fundamentalmente al acusado de un delito. Junto con ellos se regulan otros derechos o garantías como el secreto de las comunicaciones y la inviolabilidad del domicilio, cuya aplicación conjunta con los anteriores ha servido para elaborar un corpus jurisprudencial que ha venido a determinar la validez probatoria y la prohibición de las pruebas extraídas con vulneración de tales derechos.

Esta doctrina parte de la elaborada en Estado Unidos de la *exclusionary rule* y la conocida como “el fruto del árbol envenenado”, *fruits of the poisonous tree doctrine*, que tiene como exponente la sentencia del caso *Nardone vs. US* que usa como precedente la sentencia del caso *Silverstone Lumber Co. v. US*¹. La doctrina americana hace referencia a las pruebas obtenidas de manera ilícita, y que se sintetiza en el símil utilizado MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y MORENO CABELLO², en *hacer uso de una prueba ilegal (árbol) que conlleva un*

¹ VELASCO NÚÑEZ, E., Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del "fruto del árbol envenenado": correcciones actuales y tendencias de futuro, en: Medidas restrictivas de derechos fundamentales, Cuadernos de Derecho Judicial 12/1996, CGPJ.

² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A./MORENO CABELLO, M.A., La doctrina del fruto del árbol envenenado, Noticias Jurídicas, <http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho-Comunitario/780-la-doctrina-del-fruto-del-rbol-envenenado>

descubrimiento ilícito (fruta), destacando a su vez dos teorías, la de la fuente independiente, entendida como aquella en la que se obtiene una prueba por una vía diferente a la utilizada para obtener la prueba ilegal, y la teoría del descubrimiento inevitable, en la que la prueba obtenida de forma ilícita hubiera sido igualmente descubierta de forma lícita porque el acontecer de los hechos hubiera llevado a ella de forma inevitable.

La doctrina del fruto del árbol envenenado cristalizó en España a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 114/1984, de 29 de noviembre, que establece la prohibición de la valoración de pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales. Un año más tarde, se promulga la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), cuyo artículo 11.1 recoge la tesis del Alto Tribunal, que quita validez a las pruebas obtenidas con vulneración, ya sea directa o indirectamente, de derechos fundamentales³, y en el ámbito procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) al establecer que *cuando algunas de las partes entendieran que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se ha vulnerado derechos fundamentales habrá que alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes*⁴.

Para adentrarnos en la teoría de la prueba ilícita de novedoso reconocimiento por la referida STC, haremos un breve acercamiento a los hechos y fundamentos de derecho que sustentan la tesis del Alto Tribunal que abriría un nuevo camino en el proceso, fundamentalmente en el penal, aunque dicha resolución fuera dictada en el seno de un procedimiento laboral.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 114/1984

Como advirtió COSTA TORNE⁵, desde la STC 114/1984, el Alto Tribunal *ha venido manteniendo la prohibición absoluta de valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales*, pronunciamiento que se ha reiterado en sentencias posteriores como la STC 49/1996⁶, al señalar que “La interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la CE, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes

³ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, Art. 11.1 “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”

⁴ Art. 287 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁵ COSTA TORNE, M.C., La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y sus excepciones, Revista de Derecho UNED, núm. 11, 2012, pp. 137- 161.

⁶ Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 26-3-1996, nº 49/1996, BOE 102/1996, de 27 de abril de 1996, rec. 34/1994, FJ. 5º.

(art. 24,2 y 14 CE); y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10,1 CE).”.

El asunto sometido a consideración del Tribunal en la Sentencia que comentamos, trata de un supuesto en el que un periódico despidió a un redactor alegando como motivo del despido la deslealtad y falta de buena fe con la empresa, y ello debido a las manifestaciones realizadas en el seno de una conversación telefónica privada con un cargo de la administración, grabación que fue utilizada en el juicio como prueba de los motivos de la sanción que llevó a la extinción de la relación laboral, que fue admitida por el Tribunal, y cuya sanción fue posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo (TS). En el recurso de amparo contra la sentencia del TS, el recurrente alegó la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el artículo 18.3 CE, así como la violación del artículo 24.2 de la Carta Magna, referido al derecho a un proceso con todas las garantías.

En respuesta al supuesto planteado, parte el Tribunal del hecho de que *en el Derecho español el problema de la prueba ilícitamente obtenida sigue abierto, por la carencia de disposición expresa*, y realiza un planteamiento sobre la prevalencia de la justicia material en orden a obtener la verdad, frente a las relaciones jurídicas subjetivas del ciudadano, entendiendo que cuando estas últimas parten de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, sin duda han de colocarse en lugar preferente respecto de la primera⁷, aunque matiza que *la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda, no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental*, de lo que podemos extraer, siguiendo a RODRÍGUEZ LAINZ⁸, en comentario a la referida sentencia⁸, que la prueba ilícitamente obtenida aportada al proceso penal no conlleva necesariamente la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que, en su caso, pueda vulnerar el derecho a un proceso justo y equitativo, conclusión a la que llega el TC en la resolución que comentamos, como más adelante veremos, y que se ve reflejada en el voto particular emitido

⁷STS 114/1984, FJ. 4º, “En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso.

⁸ RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., Exclusionary rules y garantías procesales en el ordenamiento procesal penal español, Diario La Ley, nº 8203, Sección Doctrina, 2013, Año XXXIV, p. 12. Refiere el autor que “El derecho a la no inclusión en el acervo probatorio de una prueba ilícitamente obtenida o derivada de ésta no es sino una de las garantías procesales, instrumentales, del derecho a un juicio justo o equitativo, y sus derivados de la igualdad de partes y presunción de inocencia; por lo que la aportación probatoria de una prueba ilícitamente obtenida no necesariamente afectará a dicho derecho.”.

por el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez⁹ a la STC 22/2003, al defender que la valoración de la prueba ilícitamente obtenida aún no estando proclamada en el texto constitucional afecta a las garantías procesales reconocidas en el artículo 24.2 de la Carta Magna y por ello, prohibido por la Constitución.

Concluye el TC, y siguiendo nuevamente a COSTA TORNE¹⁰, declarando la imposibilidad de que pueda ser admitida una prueba en el proceso, en cualquier proceso pues ha de tenerse en cuenta que esta sentencia trae causa de un procedimiento sobre despido, que haya sido obtenida con desprecio o vulneración de un derecho fundamental, una garantía institucional o una libertad pública¹¹, y sentencia que

el concepto de "medios de prueba pertinentes" que aparece en el mismo art. 24.2 CE pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse "pertinente" un instrumento probatorio así obtenido¹².

Además de lo expuesto, la Sentencia comentada contiene una doctrina de gran relevancia que merece ser comentada, aunque sea de forma somera por exceder de los límites de este trabajo y que, no obstante, podría dar lugar a su tratamiento separado. Nos referimos en concreto a los razonamientos contenidos en el fundamento jurídico octavo, y que a modo de resumen concluye:

“Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba ésta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales, como advierte el Mº Fiscal en su escrito de alegaciones). La grabación en sí -al margen su empleo ulterior- sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético "derecho a la voz" que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún Derecho extranjero. Tal protección de la propia voz existe sólo, en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada "ad extra" y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (art. 7.6 de la citada LO 1/1982: "utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga).”

⁹Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 10-2-2003, nº 22/2003, BOE 55/2003, de 5 de marzo de 2003, rec. 4400/1999, Voto particular que formula el Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez respecto del fallo y la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 4400/99, “Desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre EDJ 1984/114, hemos sostenido que, aun cuando la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE EDL 1978/3879) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y que, en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de "proceso justo", debe considerarse prohibida por la Constitución (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5 EDJ 1984/114 y, entre las más recientes, SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2 EDJ 1998/1494; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 26 EDJ 2001/1270; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4 EDJ 2002/3372).”

¹⁰COSTA TORNE, M.C., Revista de Derecho UNED, núm. 11, 2012.

¹¹Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 29-11-1984, nº 114/1984, BOE 305/1984, de 21 de diciembre de 1984, rec. 167/1984, FJ. 4º.

¹²Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 29-11-1984, nº 114/1984, BOE 305/1984, de 21 de diciembre de 1984, rec. 167/1984, FJ. 5º.

Diferencia así el Tribunal en cuanto a las grabaciones de las comunicaciones telefónicas realizadas por uno de sus interlocutores sin el consentimiento del otro en dos aspectos, por un lado, la violación del derecho al secreto de las comunicaciones salvaguardado en el apartado tercero del artículo 18 CE¹³, en cuyo caso considera que siendo el interlocutor que realiza la grabación parte de en la conversación grabada, y dado que lo que sanciona el precepto es la interceptación, que implica una injerencia ajena, de un tercero que no participe en la conversación, no se daría la nota de ajenez necesaria para considerar violado el derecho. En ese caso, habrá de estarse al contenido de la grabación y su difusión pudiendo, en función de tales parámetros, vulnerarse el derecho al honor y a la intimidad consagrados en el artículo 18.1 CE¹⁴, no así a la propia imagen que, como es sabido, va referido a la imagen física, y por tanto imposible de violar por medio de una grabación sonora.

Acercando dicha cuestión al supuesto que nos ocupa, no cabe por tanto considerar como prueba ilícita la obtenida por medio de la grabación o interceptación de una conversación telefónica, y por tanto vulneradora del derecho fundamental protegido por el artículo 18.3 CE, cuando la interceptación no es realizada por un tercero ajeno al núcleo de la conversación, de suerte que, según esta interpretación, la conversación grabada por uno de sus interlocutores es válidamente obtenida, no contraria al derecho al secreto de las comunicaciones y por tanto idónea como medio de prueba, sin perjuicio de que con la misma pudiera vulnerarse el derecho al honor y a la intimidad, en función del contenido de la conversación y su difusión.

Pero a la vista de lo anterior, cabría preguntarse si podría considerarse ilícita la grabación realizada por un tercero con la autorización, o incluso a petición de uno de sus interlocutores. En este caso, la manipulación del aparato de interceptación es ajena al núcleo de la grabación y realizada por persona que no interviene en la misma, pero con autorización, o incluso a petición de uno de sus participantes. Siguiendo el tenor literal de la doctrina expuesta, la respuesta tendría que ser positiva, por cuando proviene del exterior, sin embargo, también podría entenderse en el caso de que sea a petición del participante en la conversación, que la persona que realiza la grabación no actúa por cuenta e interés propio, sino del interlocutor solicitante, y por tanto la actuación de aquel sería una extensión de la voluntad de este, siendo por tanto este último el que realizaría la interceptación del que el ejecutor no sería más que un medio y por ello la prueba, en cuanto ideada y ejecutada intelectualmente por el interlocutor, podría ser válida. Igual conclusión ha de alcanzarse respecto de la autorización,

¹³Art. 18.3 CE: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

¹⁴Art. 18.1 CE: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”.

aunque por distintos motivos, por poder aplicarse el consentimiento del artículo 545 LECrim. para las entradas en domicilio, salvo que existiera un conflicto de intereses entre el autorizante y el interlocutor encausado, conforme a la doctrina jurisprudencia recaída en torno a las diligencias de entrada y registro.

Al margen de lo anterior, la doctrina emanada de la sentencia comentada es posteriormente completada con la STC 85/1994¹⁵, que sienta la tesis de la eficacia refleja de la prueba prohibida¹⁶, y en la que el Tribunal declara la ilicitud de una prueba indiciaria por ser consecuencia de una intervención acordada por providencia, y por tanto no motivada ni expuesto el juicio de proporcionalidad, siendo contraria al derecho al secreto de las comunicaciones. Eficacia refleja o “efecto dominó” como lo tildó el TS en su sentencia 448/1997 en la que señaló que la prohibición alcanza tanto a la prueba ilícitamente obtenida por violación de un derecho fundamental, como a las que lo hayan sido por apoyo o derivación de la anterior¹⁷.

III. EXCEPCIONES A LA PRUEBA ILÍCITA

Esta doctrina jurisprudencial sentada desde la Sentencia de 1984, no tuvo largo recorrido, concretamente hasta 1995, pues como advirtió GÓMEZ COLOMER¹⁸, la teoría de la eficacia refleja supuso la puesta en libertad de muchos criminales, lo que obligó a un giro que dio lugar, a partir de la STC 86/1995¹⁹, a las excepciones a la prueba ilícita, que fundamentalmente se centran en tres, la prueba jurídicamente independiente, la excepción del

¹⁵Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 14-3-1994, nº 85/1994, BOE 89/1994, de 14 de abril de 1994, rec. 565/1992, Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando.

¹⁶GÓMEZ COLOMER, J.L., Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Anuario de Derecho Penal 2008, pp. 145-188.

¹⁷Tribunal Supremo Sala 2ª, S 4-3-1997, nº 448/1997, rec. 218/1996, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido, FJ. 2º, “El art. 11.1 de la L.O.P.J. EDL 1985/8754 dispone que “En todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal (“Deterrence effect”).

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 directo 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 efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art. 11.1 de la L.O.P.J. EDL 1985/8754), jurídicamente contaminados.”

¹⁸GÓMEZ COLOMER, J.L., Anuario de Derecho Penal 2008, p. 158.

¹⁹Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 6-6-1995, nº 86/1995, BOE 162/1995, de 8 de julio de 1995, rec. 2682/1992, Pte: Gimeno Sendra, Vicente,

descubrimiento inevitable y el hallazgo casual, estas dos últimas de la mano del Tribunal Supremo.

Centrados en las dos excepciones introducidas por el TS, no podemos pasar por alto un breve comentario a la prueba jurídicamente independiente, como se dijo, introducida por la Sentencia de 1995, basada en que solo queda contaminada la prueba ilegalmente obtenida, pero no aquellas otras que lo hubieran sido de forma independiente, como también hizo en la sentencia 54/1996²⁰, en la que se condenó al acusado porque pese a la ilegalidad de la intervención telefónica, habían pruebas de cargo independientes suficientes para enervar la presunción de inocencia, en ese caso una testifical y la propio reconocimiento de los hechos por parte del acusado en declaración prestada con todas las garantías.

1. El descubrimiento inevitable

De creación jurisprudencial por el Tribunal Supremo, el descubrimiento inevitable, o también denominado “hallazgo inevitable”, es una teoría importada de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, concretamente en el caso NX contra Williams, que se plasma en la Sentencia 974/1997, y es, para GÓMEZ COLOMER²¹, un perfeccionamiento de la teoría de la prueba independiente.

Esta teoría supone, en palabras de RODRÍGUEZ LAINZ²², “un juicio de probabilidad, cercano a la convicción de certeza, sobre si de haberse operado con la rectitud que requería el derecho fundamental transgredido se hubiera obtenido el mismo resultado jurídico”, es decir, si el devenir lógico y natural de la investigación hubiera llevado a obtener el mismo resultado que el extraído de la prueba ilícitamente obtenida, aunque para su validez, según VELASCO NÚÑEZ²³, ha de exigirse la existencia de una investigación previa a la actuación violadora del derecho fundamental, para evitar que esta se convierta en el punto de arranque de la investigación, invirtiendo así su proceso lógico.

²⁰Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 26-3-1996, nº 54/1996, BOE 102/1996, de 27 de abril de 1996, rec. 79/1995, Pte: Gimeno Sendra, Vicente, FJ. 9º, “En definitiva, tal manifestación testifical y la propia declaración del recurrente en amparo reconociendo la entrevista constituyen prueba de cargo practicada con independencia de la prueba telefónica inconstitucionalmente obtenida. El TS, considera de manera razonada y motivada, que esta prueba no afectada en su procedencia por la prueba inconstitucional, es suficiente para acreditar la culpabilidad del recurrente, por lo que procede la desestimación del recurso de casación planteado.”

²¹GÓMEZ COLOMER, J.L., Anuario de Derecho Penal 2008, p. 161.

²²RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., Diario La Ley, nº 8203, Sección Doctrina, 2013, Año XXXIV, p. 8.

²³VELASCO NÚÑEZ, E., en: Medidas restrictivas de derechos fundamentales, Cuadernos de Derecho Judicial 12/1996, p. 8.

El Tribunal Supremo se refiere a esta doctrina en su sentencia 885/2002²⁴, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida²⁵, y dictada en el seno de un procedimiento en el que al acusado de un delito de homicidio se le había extraído un molde dentario sin las garantías procesales, y en la que acepta la tesis cuando las pruebas hubieran llevado necesariamente al mismo resultado que la prohibida, y así explica esta doctrina en los siguientes términos:

“Cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, "conexión de antijuricidad", que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuricidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición.”

Esta teoría no ha estado exenta de críticas, pues la apreciación de la validez de la prueba está sujeta a una interpretación subjetiva, o como se ha dicho por algún autor, de entre ellos el mencionado, un juicio de probabilidad por parte del Tribunal sobre la certeza de alcanzar, por el curso natural de la investigación, la misma conclusión que la obtenida por la prueba ilícita. Como dijo GÓMEZ COLOMER²⁶, citado a Miranda ESTRAMPES, *su mayor inconsistencia reside en que en función del caso el descubrimiento inevitable puede basarse en meras hipótesis, suposiciones o conjeturas, no en hechos claramente probados.*

2. El hallazgo casual

Otra de las excepciones a la prohibición de la prueba, se basa en la aparición de pruebas no buscadas en el marco de una diligencia de investigación acordada para la obtención de pruebas relativas a un ilícito distinto al investigado, o que afecte a personas diferentes a las que eran objeto de la investigación. Para ECHARRI CASI²⁷, los hallazgos casuales

se producen en aquella situación en la que habiéndose obtenido la correspondiente habilitación judicial para la práctica de una diligencia que afecta a los derechos fundamentales del sujeto investigado (entrada y registro en domicilio, intervención de las comunicaciones), con motivo de a persecución de una serie de conductas delictivas concretas y determinadas, aparecen fuentes de prueba relativas a otro u otros delitos distintos, de los cuales no se tenían noticias con anterioridad, cuando menos por los agentes intervinientes en aquella,

²⁴Tribunal Supremo Sala 2ª, S 21-5-2002, nº 885/2002, rec. 937/2001, Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique.

²⁵Sentencia Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 15-10-2001, nº 590/2001, rec. 20/1999, Pte: Ariste López, Luis Fernando.

²⁶GÓMEZ COLOMER, J.L., Anuario de Derecho Penal 2008, p. 162.

²⁷ECHARRI CASI, F.J., Prueba ilícita: Conexión de antijuricidad y hallazgos casuales, Revista del Poder Judicial nº 69, 2003, p. 286.

o según DÍEZ CABIALE y MARTÍN MORALES²⁸, que lo considera como *aquel hallazgo que se produce en el marco de una determinada investigación habilitada en origen para distinta finalidad, habilitación que puede ser solamente nominativa.*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en este tema, como en muchos otros, no ha sido unánime. Así, si atendemos a la STS 1706/1993²⁹, la prueba obtenida en una diligencia de entrada y registro acordada para la investigación de un delito distinto a aquel que revela la prueba hallada casualmente, lo ha sido con vulneración de derechos fundamentales y por ello no es válida para enervar el principio de presunción de inocencia que asiste al acusado. Por su parte, la Sentencia 982/1994³⁰, entiende que cuando se produce el hallazgo casual hay que ponerlo en conocimiento del Juez y esperar a su decisión, salvo que la urgencia aconseje otra cosa.

Que la solución no es uniforme, es algo que no se escapa ni al propio Tribunal, si bien la moderna doctrina pasa por distinguir entre la conexión de los delitos, el inicialmente investigado, y aquel al que el descubrimiento ocasional sirve como *notitia criminis*, tal y como expuso en la Sentencia 818/2011³¹, atendiendo a la vinculación directa de la prueba

²⁸DÍAZ CABIALE, J.A./MARTÍN MORALES, R., La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, Editorial Cívitas, 2001, p. 190.

²⁹Sentencia Tribunal Supremo Sala 2ª, S 2-7-1993, nº 1706/1993, rec. 2078/1988, Pte: Moyna Ménguez, José Hermenegildo, FJ. Único, “Dicha diligencia de entrada y registro, que es el origen del hallazgo de la droga y demás elementos de convicción y del reconocimiento del acusado, suma a la irregularidad formal derivada de la ausencia del fedatario judicial, el importante e insubsanable defecto de haberse extendido no sólo al delito investigado -robo-sino a otro delito -tráfico de drogas- sin una intervención judicial intercedente -previa suspensión de la diligencia con las medidas cautelares adecuadas- que resolviera la procedencia de extender el registro a los nuevos hechos, en el supuesto -valorable por el Juzgado- de que el principio de proporcionalidad cubriera la intromisión en el domicilio del acusado de acuerdo con el prevenido en el art. 8.º del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (ratificado en Instrumento de 29 de septiembre de 1979), y en los términos recogidos en el Auto de esta Sala de 18 de junio de 1992 y Sentencia de 28 de octubre del mismo año. La diligencia de entrada y registro, en el que tiene arranqué todo el apoyo probatorio de la acusación, no sólo fue procesalmente anómala, sino que vulneró un derecho fundamental del sujeto, cual fue la entrada en su domicilio para practicar una investigación -tráfico de drogas- no cubierta por el mandamiento judicial; en consecuencia, la prueba obtenida, que no es simplemente irregular sino que violenta los derechos y libertades fundamentales -dice el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754- no surtirá efecto, y, al no existir prueba inculpatoria válidamente obtenida, la presunción de inocencia debe desenvolver sus naturales efectos, que son los que pide el motivo primero del recurso del acusado.

³⁰Sentencia Tribunal Supremo Sala 2ª, S 4-5-1994, nº 982/1994, rec. 1334/1993, Pte: Ruiz Vadillo, Enrique, FJ. 1º, “Pero, una cosa es que se cierren todas las puertas a la más mínima vulneración de un derecho fundamental y que se elimine cualquier manifestación de indefensión, y otra que se haga imposible la investigación que conduzca al descubrimiento y posterior enjuiciamiento de los delitos que en cada caso correspondan. La droga, el dinero, los objetos -pesas, dinamómetros, cuchillas, enseres, documentación...- todo ello tiene una abrazadera común.

Cuando en la diligencia se descubre "algo" que nada tiene que ver con la autorización judicial, lo procedente es ponerlo de manera inmediata en conocimiento del juez y esperar a su decisión, salvo que la urgencia de las medidas a tomar, con carácter cautelar, aconsejen otra cosa.

³¹Sentencia Tribunal Supremo Sala 2ª, S 21-7-2011, nº 818/2011, rec. 2369/2010, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón, FJ. 5º, “Esta ilicitud constitucional se extiende también a las pruebas derivadas o reflejas si entre ellas y las anuladas por vulneración del art. 18.3 CE EDL 1978/3879 existe una conexión natural o causal

hallada ocasionalmente está vinculada directamente a las que vulneraron el derecho fundamental, pues de no ser así, es decir, si no existe una conexión de antijuricidad, la prueba ocasionalmente hallada sería válida.

Esta tesis fue avalada por el TC en su auto 161/2004³², que considera que el hallazgo casual no está viciado de nulidad por haberse puesto en conocimiento del Juez que amplió la autorización para la investigación del nuevo hecho delictivo, realizando el correspondiente juicio de proporcionalidad entre la gravedad del nuevo hecho investigado y la necesidad de la medida adoptada, concluyendo que “el descubrimiento casual, por lo tanto, estaba debidamente cubierto y amparado por aquel mandamiento judicial, que obliga a la policía a poner en conocimiento de la autoridad judicial, no sólo todos los efectos e instrumentos relacionados con el delito hasta ese momento investigado, sino también todo lo que guarde relación con el descubrimiento del nuevo delito.”.

A juicio de ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER³³,

queda fuera de toda duda, que, desde el mismo momento en que aparecen nuevos tipos delictivos en el curso de unas escuchas telefónicas, se le debe comunicar de forma inmediata al juez que las autorizó, para que amplíe el auto habilitante en caso de conexidad. Pero, cuando no se da esa conexidad, es cuando realmente se cuestiona la validez de ese descubrimiento fortuito, debiendo el Juez aplicar la solución que estime como más correcta: bien darle valor de noticia criminis, sin efectos probatorios, bien darle tales efectos, entendiendo que la intromisión en el derecho a la intimidad ha quedado salvada por la inicial autorización judicial, ampliando lógicamente, también en este supuesto, la autorización para intervenir las comunicaciones.

Lo que no cabe, a criterio del Tribunal Supremo, es decretar una intervención telefónica “en blanco”, esto es autorizar una diligencia para una investigación general, debiendo actuar con la adecuada precisión, con fundamento en el principio de especialidad (SSTS de 2 de julio de 1993 y 21 de enero de 1994).

Conviene resaltar la reciente STS 806/2015³⁴, en la que tras reconocer las “oscilaciones” de la Sala en la materia, admite la teoría de la flagrancia y la regla de la

(que constituye uno de los presupuestos para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida). En estos casos, la regla general es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla también incurso en la prohibición de valoración. No obstante, en supuestos excepcionales, se ha venido admitiendo que estas pruebas son jurídicamente independientes de dicha vulneración, habiéndose reconocido como válidas y aptas. para enervar el principio de presunción de inocencia. Para establecer si se está ante un supuesto en que debe aplicarse la regla general que se ha referido o, por el contrario, nos encontramos ante alguna de las hipótesis que permiten excepcionarla, habrá que delimitar si estas pruebas están vinculadas de modo directo a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo, es decir, habrá que establecer si existe o no una conexión de antijuricidad entre la prueba originaria y las derivadas.

³²Auto Tribunal Constitucional, sec. 2ª, A 6-5-2004, nº 161/2004, rec. 4286/2002.

³³ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje nº 2, 2011, p. 4.

conexidad en los hallazgos casuales, al tener en cuenta que en estos casos no hay novación del objeto de la investigación sino una simple adición. Da validez a los hallazgos que aparecen en el seno de una diligencia dirigida a la investigación de otro delito, sustentada en la obligación de los cuerpos de seguridad de perseguir los delitos de que tengan noticia y ponerlos en conocimiento de la autoridad penal competente, siempre que la investigación no sea utilizada fraudulentamente para vulnerar derechos fundamentales, y sienta la tesis ya reconocida en otras resoluciones anteriores de que los efectos o instrumentos encontrados en una diligencia dirigida a la investigación de otros delitos puedan entenderse como delito flagrante.

A la vista de todo lo anterior, no parece cuestionable que lo hallado casualmente pueda ser tenido en cuenta como delito flagrante y que de existir conexidad no estaríamos en presencia de una novación del delito sino de una adición. Por otro lado, una vez se ha producido el descubrimiento ocasional, ha de darse conocimiento al Instructor a fin de que realice un juicio de proporcionalidad de la medida y decida si amplía o no la autorización al nuevo hecho conocido, pues es obligación de las fuerzas de seguridad poner en conocimiento del Juez o de la Fiscalía tales evidencias. Sin embargo, a nuestro juicio, la conexidad de uno y otro hecho tiene incidencia en cuanto al conocimiento de la causa, pues existiendo la conexidad, si el Juez decide el ampliación podría continuar conociendo de los delitos conexos, pero de no existir, la habilitación para su investigación sirve de presupuesto iniciador de otro procedimiento que deberá someterse a las normas de reparto que determinen el Juez predeterminado por la Ley que haya de investigar el ilícito.

³⁴Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 806/2015, de 24 de febrero, Pte.: D. Manuel Marchena Gómez. “Hemos dicho en la STS 48/2013, 23 de enero -con cita de la STS 110/2010, 23 de diciembre; 167/2010, 24 de febrero y 315/2003, 4 de marzo - que esta Sala, no sin ciertas oscilaciones, admitió la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito específico, se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante. La teoría de la flagrancia ha sido, pues, una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales, y también la de la regla de la conexidad de los arts. 17.5 y 300 LECrim, teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente " *adición*". La Constitución no exige en modo alguno, que el funcionario que se encuentre investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentasen a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales (STC 49/1996, 26 de marzo). Del mismo modo, el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllos, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 LECrim. Pero esa doctrina de la validez del hallazgo casual presupone que el descubrimiento de los efectos que permiten afirmar la existencia de un segundo delito sumado al inicialmente perseguido, ha de producirse durante el desarrollo de una diligencia de registro no afectada de nulidad. Carecería de sentido que el hallazgo casual que aflora durante el desarrollo de un registro ilegal tuviera virtualidad para convertir una vía de hecho inicialmente nula en un registro domiciliario constitucionalmente válido.”

IV. CONCLUSIONES

La primera conclusión que puede extraerse de lo expuesto es la necesidad de legislar con claridad la validez de las pruebas encontradas en una diligencia de investigación, sea de forma casual, independiente o inevitable, eliminando así las oscilaciones jurisprudenciales reconocidas por el propio TS y que ha dado lugar a un río cuasilegislativo de naciente jurisprudencial del que en muchas ocasiones bebe el legislador, como muestra el artículo 11.1 LOPJ, en una tendencia invertida, cada vez más común, en la que las modificaciones legislativas van a golpe de sentencias, que más que interpretar las normas parece que las crean.

Por otro lado, resulta interesante la diferencia hecha en el caso de las conversaciones telefónicas grabadas por uno de sus interlocutores, que los Tribunales autorizan por entender que la manipulación de la intervención no proviene de alguien ajeno a la conversación, reiterando entonces lo ya manifestado en el cuerpo de este trabajo en el sentido de la validez que pudiera darse a la grabación cuando aún proviniendo de un tercero, este actuara bien con autorización del interlocutor no investigado, bien a petición suya, teniendo en cuenta la incidencia que pudiera tener un eventual conflicto de intereses entre ambos.

Por último, da también lugar a la reflexión la teoría del hallazgo inevitable, pues su consideración como tal no deja de tener un componente subjetivo del Tribunal que puede llegar a ser tan “oscilante” como su propia doctrina. No podemos pedir aquí una claridad legislativa ya que sería desbordada por la casuística, por lo que hay que acudir a la prudencia y rigor de nuestros Tribunales.