



La confesión voluntaria del
investigado en diligencias sumariales
obtenida a raíz de prueba ilícita.

TRABAJO DE FIN DE GRADO

MARIA JEREZ RIBAS

TUTORA

Dra. SUSANA OROMÍ VALL-LLOVERA

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Curso 2018-2019

Convocatoria de Junio de 2019

ÍNDIX.

1.	INTRODUCCIÓN.	1
2.	LA PRUEBA ILÍCITA: concepto y regulación legal.	3
2.1	Concepto en la doctrina.	3
2.1.1.	<i>Concepción amplia.</i>	4
2.1.2.	<i>Concepción restrictiva.</i>	4
2.2	Regulación: análisis palabra por palabra del art. 11.1 de la LOPJ.	6
2.2.1.	<i>“No surtirán efecto”</i>	8
2.2.2.	<i>“las pruebas obtenidas”</i>	9
2.2.3.	<i>“directa e indirectamente”</i>	11
2.2.4.	<i>Violentando los derechos y libertades fundamentales</i>	13
3.	LA CONFESIÓN VOLUNTARIA DEL INVESTIGADO	14
3.1	Concepto de “confesión”	14
3.2	Regulación legal.	16
3.3	Naturaleza jurídica de la confesión.	18
3.3.1.	<i>Posiciones doctrinales.</i>	18
3.3.2.	<i>Tratamiento de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.</i>	19
3.4	Manifestaciones espontaneas.	22
3.5	Derechos fundamentales del inculpado y el acusado.	26
3.5.1.	<i>El pretendido “derecho a mentir”</i>	27
3.6	La voluntariedad como requisito de validez de la confesión:	29
4.	LA CONFESIÓN COMO FRUTO DE UN ARBOL ENVENENADO	31
4.1	El origen de la excepción de la confesión voluntaria del imputado en los Estados Unidos.	35
4.2	El tratamiento de la excepción de la confesión voluntaria del inculpado por parte de la jurisprudencia española.	37
4.2.1.	<i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.</i>	38
4.2.2.	<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo.</i>	41
5.	CONCLUSIONES	47
6.	BIBLIOGRAFIA	50

1. INTRODUCCIÓN.

El motivo que me llevó a la elección de este tema para realizar sobre él mi trabajo de fin de grado, fue el interés que despierta en mí la prueba ilícitamente obtenida y, concretamente, la repercusión generada por la confesión autoinculpatória del investigado obtenida a raíz de una fuente prueba de esta índole.

Como es bien sabido, el fin último de todo proceso penal es la búsqueda de la verdad material, esto es, aquella que corresponde con la realidad de los hechos. A raíz de esta afirmación, nos podría venir a la mente un sinnúmero de maneras de conseguir averiguar la, tan deseada, “verdad”. Aun así, su descubrimiento debe tener sus límites si queremos preservar el actual Estado de Derecho. Es por ello que, las averiguaciones en el proceso penal deben respetar el ordenamiento jurídico español además de nuestra Constitución.

Para lograr dicho objetivo, en 1984, a raíz del pronunciamiento obtenido en la STC número 114, de 29 de noviembre, así como a las innegables influencias estadounidenses, el legislador español decidió introducir novedosamente la redacción del artículo 11.1 de la LOPJ disponiendo que *“no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales”*. Hecho que fue objeto de mucha polémica así como de posiciones contrapuestas.

En el presente trabajo, sale a la luz la incansable “tensión” entre estos frentes contrapuestos, así como la disputa aun existente entre dos intereses públicos. Por un lado aquél que defiende la voluntad de hacer prevalecer la verdad y por otro lado, el interés igualmente público en tutelar eficazmente los derechos fundamentales protegidos por nuestra Constitución.

Todo ello, en aras de demostrar cuáles son los límites que ha establecido la legislación, así como la jurisprudencia, para aquellos casos en los que se obtiene una prueba (en lo que nos interesa, la confesión) precedida de prueba ilícita, esto es, aquella obtenida violentando derechos fundamentales protegidos constitucionalmente.

Para entender el propósito de mi trabajo considero oportuno plantear la siguiente cuestión: ¿Basta con la simple confesión del imputado para formular una sentencia en sentido condenatoria? Asimismo, más concretamente, ¿es la confesión del investigado, aunque sea precedida de prueba ilícita, de vital importancia para la jurisprudencia, como para hacer prevalecer la búsqueda de la verdad material a la tutela eficaz de derechos constitucionalmente protegidos?

A fin de resolver estas hipótesis, centré mi estudio en las distintas opiniones doctrinales, y las diversas declaraciones jurisprudenciales existentes al respecto, pretendiendo analizar el tratamiento dado en el proceso penal a la confesión del imputado obtenida a raíz de prueba nula.

Para lograrlo, he analizado con profundidad los estudios realizados por la doctrina científica en diversos manuales, tesis doctorales, artículos de revista, así como la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

La metodología utilizada en el trabajo parte de un análisis general del concepto de “prueba ilícita” con la intención de plasmar cómo los diversos sectores de la doctrina han entendido la prueba obtenida con vulneración de derechos. Como bien expondré en el apartado segundo del trabajo, existen dos concepciones divergentes al respecto; los que consideran prueba ilícita aquella que ha sido obtenida conculcando derechos constitucionalmente protegidos –postura que sostengo- y, aquél sector que entiende que cualquier quebrantamiento de la legalidad ordinaria en la obtención de fuentes de prueba queda integrado dentro de la concepción dada de prueba ilícitamente obtenida.

Una vez hechas las anteriores precisiones, sigo ofreciendo una breve exposición de la redacción dada del apartado primero del artículo 11 de la LOPJ que, como he comentado con anterioridad, regula los supuestos de obtención ilícita de pruebas aludiendo la consecuencia necesaria de su ineficacia, así como la nulidad de las derivadas directa e indirectamente de ella. En este punto pretendo mostrar cómo el legislador intentó dar solución a la polémica de la prueba ilícita mediante una redacción que parece no admitir excepciones, no obstante, a ojos de la jurisprudencia, el resultado que obtuvo distaba mucho del fin último del proceso penal: la búsqueda de la verdad material.

En efecto, la jurisprudencia empezó a utilizar un seguido de excepciones que pretendían reducir el dudoso impacto que el precepto estaba teniendo en diversas resoluciones judiciales, centrándose sobre todo, en la eficacia refleja. Entre todas ellas, mi pretensión es analizar la excepción de la confesión voluntaria del investigado.

Para ello, antes de centrarme en el tema principal he considerado oportuno dedicar un punto del trabajo a analizar la institución de la confesión voluntaria del investigado en sí misma, por no considerarla baladí. La finalidad es averiguar si la confesión por parte del investigado o del acusado constituye prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, consiguientemente, la respuesta revestirá de importancia el hecho de determinar la nulidad de una confesión en el supuesto que haya sido obtenida a raíz de una prueba ilícita.

Finalmente, me centro en analizar la excepción de la confesión voluntaria del investigado, esto es, aquellos supuestos en los que se obtiene de forma voluntaria la confesión

autoinculpatoria del investigado, como consecuencia de la realización de una diligencia de investigación restrictiva de derechos fundamentales. Para ello, trato esta cuestión partiendo de su origen norteamericano y, acto seguido centro mi estudio en observar las resoluciones de la jurisprudencia española del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo al respecto.

2. LA PRUEBA ILÍCITA: concepto y regulación legal.

2.1 Concepto en la doctrina.

La prueba, como es sabido, es la actividad procesal que tiene por objeto conseguir la convicción del juzgador sobre la realidad de los hechos en que se fundamentan las pretensiones de las partes a las que aquél debe dar una respuesta fundada en Derecho¹, por lo que resulta evidente que se trata de una de las instituciones procesales de sumo interés e importancia en la solución de los casos penales. Por ende, la teoría de la prueba ilícita es quizás una de las materias más complejas en el campo de la dogmática procesal, pero a la vez es una de las más apasionantes pues presenta unas claras implicaciones y connotaciones constitucionales.²

La terminología que viene utilizando tanto la doctrina como la jurisprudencia dista de ser bastante uniforme. Es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular o incluso el de prueba clandestina.³

Son muchos los autores que destacan la complejidad del tema de la prueba ilícita a lo largo de sus obras.⁴ Por ende, resulta previsible la problemática inminente al tratar de abordar el análisis conceptual acerca de lo que debe entenderse por prueba ilícita. Este mismo conflicto permanece hoy en día ya que es sabido que la doctrina no ha conseguido posicionarse de forma unánime acerca de lo que debe entenderse por prueba ilícita.

¹ PUERTA LUIS, L.R. (1995). *La prueba en el proceso penal*. La prueba en el proceso penal. *Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, (nº 24), 47-80. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1706461.pdf>. Visto en: 16/04/2019

² MIRANDA ESTAMPES, M. (mayo 2010) *La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. *Revista Catalana de Seguretat Pública*. Págs. 131-151. Recuperado de: <https://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215>.

³ MIRANDA ESTAMPES, M. (1999). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Ed. José María Bosch Editor, Barcelona pág. 15-16.

⁴ GUARIGLIA, F. (1996). Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. *Jueces para la democracia*, núm. 26, julio, págs. 76-80. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174659.pdf>.

Los distintos intentos de la doctrina orientados a unificar el concepto de prueba ilícita, para de tal manera llegar a un esclarecimiento del dicho instituto procesal, han provocado una división en cuanto a concepciones se refiere.

2.1.1. *Concepción amplia.*

Esta concepción doctrinal resulta ser la más anticuada. A grandes rasgos, señala que la prueba prohibida, o prueba ilegal, es aquella que en la obtención o incorporación al proceso penal de elementos de prueba se vulnera una norma procedimental, la moral pública, o al ordenamiento jurídico, y si bien es cierto, en muchos casos no se niega que también vulnere derechos fundamentales⁵. Esta concepción amplía de forma trascendente la eficacia de la ilicitud probatoria ante cualquier quebrantamiento de la legalidad ordinaria, generando la ineficacia directa o indirecta de todo el conjunto probatorio que se encuentre relacionado con el quebrantamiento de una norma.

Para PISFIL FLORES⁶ comparten esta perspectiva, entre muchos, MIRANDA ESTAMPES, ROSIN MUÑOZ SABATE, PELLEGRINI GINOVER.

2.1.2. *Concepción restrictiva.*

Esta concepción doctrinal, a diferencia de la anterior, entiende por ilicitud probatoria, aquellos supuestos en los que en la obtención o incorporación de elementos probatorios al proceso penal se ocasiona una vulneración de derechos o libertades fundamentales, que genera la ineficacia absoluta de los medios de prueba obtenidos ilícitamente.

Para GONZÁLEZ MONTES⁷ los límites del derecho a la prueba consagrado constitucionalmente en el artículo 24.2 de la Constitución Española (en adelante CE) tienen que suponer una infracción del mismo nivel, por lo que, en su opinión, sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se hubiere violado un derecho fundamental del mismo rango al menos o superior que el derecho a la prueba.

Por este motivo, la prueba ilícita debe limitarse únicamente a los casos en los que se hayan vulnerado alguno de los derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª, del Capítulo 2º del Título I de la Constitución, concretamente, los artículos 15 a 29 de la misma. Todos ellos,

⁵ PISFIL FLORES, D. A. (2018). *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal: Fundamento constitucional, doctrina jurisprudencial y posibles excepciones*. Ed. Editores del Centro, Lima, pág. 88.

⁶ PISFIL FLORES, D. A. (2018) *La prueba ilícitamente...*, *op. cit.*, pág. 89.

⁷ GONZÁLEZ MONTES, J. L. La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales: el derecho constitucional a la prueba y sus límites. *Revista de derecho procesal*, núm. 1, 1990, págs. 29 a 44.

derechos susceptibles de amparo constitucional, así como el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 del texto constitucional.

Los partidarios de esta concepción, en apoyo a su argumentación, citan la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 114/1984, de 29 de noviembre, y el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ).

En el presente trabajo, “*en aras de la siempre imprescindible claridad conceptual*”⁸, voy a decantarme por la utilización de la nomenclatura más comúnmente compartida por la doctrina, que entiende como prueba ilícita aquella que quebranta derechos fundamentales en su obtención o práctica, mientras que aquella que vulnera una norma no constitucional tendrá la consideración de irregular.

MIRANDA ESTRAMPES⁹ alienta a distinguir entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la prueba. El primero implica que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso de conformidad a los principios y normas previstas por la ley. En cambio, el segundo supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales. A raíz de estos principios puede entenderse, a grandes rasgos, la esencia que distingue la prueba ilícita de aquella considerada prohibida.

Compartiendo la tesis del autor, debemos entender prueba ilícita aquella que se ha obtenido y/o practicado con vulneración de los derechos fundamentales. Por el contrario, prueba irregular sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación a derechos de protección constitucional.

A mi entender, esta diferenciación conceptual resulta de suma importancia ya que el hecho de apreciar una prueba como ilícita o prohibida tiene una enorme repercusión, pues la regla de exclusión probatoria y el reconocimiento de su eficacia refleja (aspectos que expondré más adelante), se deben emplear con exclusividad a los supuestos de prueba ilícita. Consiguientemente, la prueba irregular quedará sometida al régimen de la nulidad de los actos procesales, admitiéndose, en algunos supuestos, la subsanación y/o convalidación.

En la misma línea de lo expuesto, el Tribunal Supremo en el F.J. 2º de la Sentencia (en adelante STS) de 29 de marzo de 1990 distinguió ambos conceptos considerando que “*cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no*

⁸ PLANCHAT TERUEL, J. M. (2010). *Prueba ilícita: Fundamento y tratamiento*, AA. VV.: *Estudios sobre la prueba penal (I): Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*. (Directores: XAVIER ABEL LLUCH y MANUEL RICHARD GONZÁLEZ), Ed. La Ley, Madrid, pág. 89.

⁹ MIRANDA ESTRAMPES, M. (mayo 2010) *La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. *Revista Catalana de Seguretat Pública*. Págs. 131-151.

hay ninguna duda que tal prueba carece de validez en el proceso y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa quizá haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada su consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza.”¹⁰.

2.2 Regulación: análisis palabra por palabra del art. 11.1 de la LOPJ.

En la década de los 80, en especial tras dictarse la STC 114/1984, de 29 de noviembre, mediante una redacción que ha salvado intacta todas y cada una de las numerosas reformas legislativas desde 1985, se originó la redacción del actual artículo 11 de la LOPJ.

Dicha sentencia tubo la virtualidad de introducir en nuestro sistema jurídico la prohibición de utilizar las pruebas que, en el momento de su obtención, hubieran vulnerado derechos fundamentales, basándose para ello, en la posición preeminente que los derechos fundamentales tienen en nuestro ordenamiento jurídico y en su condición de inviolables¹¹, alterando de forma notable el panorama de la admisibilidad probatoria en el ámbito del proceso.

De esta manera se incluye en nuestro ordenamiento jurídico el principio de exclusión de las pruebas ilícitas (*exclusionary rule*).

La STC 114/1984¹², en su fundamento jurídico (en adelante FJ) segundo, toma como punto de referencia para fundamentar dicho principio, la doctrina establecida por la Corte Suprema de Estados Unidos respecto de la *evidence wrogfully obtained* y de la *exclusionary ryle*; por ende en Estados Unidos no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución

En la misma línea, teniendo en cuenta que aún no se había redactado el art. 11 de la LOPJ, dicha sentencia declara, en su FJ4 que “*Aún careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de “inviolables” (art. 10 de la CE) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental*”¹³,

¹⁰ STS 2.647/1990, de 29 de marzo, [RJ 1990/2647].

¹¹ MIRANDA ESTRAMPES, M. (2004). *La actividad probatoria en el Proceso penal*, 2ª Ed. Bosch, Barcelona, pág. 125.

¹² STC 144/1984, de 29 de noviembre.

¹³ STC 114/1984.

derivándose de ello la nulidad inmediata, además de absoluta, de todo acto violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del capítulo segundo del título I de la Constitución.

Esta naturaleza constitucional de la regla de exclusión le dota de un carácter automático, de tal modo que la exclusión se asocia, como consecuencia necesaria, a la violación de un derecho fundamental, “*al margen del carácter deliberado o no de dicha violación, y por tanto, de la buena o mala fe*”¹⁴ de quienes la obtuvieron.

Como he comentado anteriormente, la doctrina establecida por el TC en la anterior sentencia 114/1984, tuvo plasmación normativa en el art. 11.1 de la LOPJ, que en su segundo inciso se pronuncia en los términos siguientes:

“*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”¹⁵.

Dicho artículo, “*al carecer de precedentes en el Derecho constitucional o infraconstitucional, da cabida a la regla de exclusión de la prueba ilícita en el sistema legal español.*”¹⁶

ARMENTA DEU atribuye la redacción del precepto a la necesidad de resolver un conflicto entre la búsqueda de la verdad material y la protección de los derechos fundamentales, en este sentido la autora afirma que “*La doctrina sobre la prueba prohibida surge de la tensión entre el interés público en hacer prevalecer la verdad y el interés igualmente público en tutelar eficazmente los derechos fundamentales; tensión resuelta por el artículo 11.1 L.O.P.J., que hace ceder el primero a favor del segundo*”¹⁷.

En principio, la redacción dada al artículo parece no admitir excepciones, por lo que una vez se haya constatado que para la obtención de la prueba se ha violado un derecho fundamental, ésta debería ser eliminada del proceso sin posibilidad de su valoración y del mismo modo deberían eliminarse todas aquellas pruebas que deriven de la misma. Aun así, la doctrina ha adoptado posturas divergentes acerca del alcance del precepto, aspectos que analizaré más adelante.

¹⁴ MIRANDA ESTRAMPES, M. (2018). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal: Especial referencia a la exclusionary rule estadounidense*. Ed. UBIJUS, pág. 111-112.

¹⁵ Artículo 11.1 de la LOPJ

¹⁶ ARMENTA DEU, T. (2005). *Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español*. XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. IV: Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación. GOMEZ LARA, Cipriano y STORME Marcel. (Coords.) UNAM, México, pág. 309.

¹⁷ ARMENTA DEU, T. (2005). *Aspectos relevantes...*, *op. cit.*, pág. 309.

Por lo expuesto, estimo importante hacer un breve comentario del precepto transcrito, centrándome en aquellos conceptos que crean más confusión.

2.2.1. “No surtirán efecto”

ALCAIDE GONZÁLEZ¹⁸ afirma que la expresión “no surtirán efecto” vendría dada como la consecuencia esencial que produce la obtención de una prueba en los supuestos previstos en el art. 11.1 de la LOPJ. Viene a ser su inutilidad a efectos de fundamentar en su base una sentencia del signo que sea; en definitiva, se trata entonces de no tomarla en consideración con vistas a la resolución definitiva o bien de no entrar ni tan siquiera en su valoración si se constata su carácter en un momento anterior al de dictar la sentencia.

En opinión del autor, la expresión dada resulta inadecuada; de lo que se trata en este precepto es de establecer una prohibición de admisión, evitando que el órgano judicial pueda ser influido por una prueba que se ha declarado ineficaz.¹⁹ Tesis compartida por MORENO CATENA²⁰. En contraposición, ROVIRA CANTO²¹ estima que el precepto incluye tanto las fases de no admisión de prueba como la de no valoración por el juez.

Del mismo modo, ALDAY LÓPEZ²² afirma que la doctrina ha interpretado esta expresión en dos sentidos distintos, el primero equipara la falta de efectos a la inexistencia citando al respecto la STS 974/1997, “*el efecto que debe predicarse de la prueba obtenida ilícitamente es la inexistencia de la misma a efectos jurídico-procesales, es el mismo (efecto) que debe predicarse del acto nulo*” mientras que el segundo, citando a COUTURE, busca equivalencia en la figura de la ineficacia, reconociendo la existencia de tres grados de la misma para el tratamiento de los actos procesales. El primero, comparable al grado máximo se equipara a la inexistencia; el segundo grado es compatible con la nulidad absoluta y un tercer grado, equivalente a la llamada nulidad relativa.

Asimismo, siguiendo la jurisprudencia constitucional y del TS, el tema se reduce a lo siguiente: en casos de patente claridad, debe rechazarse la admisión de la prueba, y sólo en caso

¹⁸ ALCAIDE GONZÁLEZ, J. M. (2012). *La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España: perfiles jurisprudenciales comparativos* (Tesis Doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, Catalunya), pág. 268-272. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10803/97362>

¹⁹ HUERTAS MARTÍN, M. I. (1999). *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Ed. J.M. Bosch Editor. Barcelona, pág. 150.

²⁰ DE URBANO CASTRILLO, E. (1996). *Prueba ilícita en particular (I)*, AA.VV.: *La prueba en el proceso penal II* (Director: JOAQUÍN DELGADO GARCÍA), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pág. 233.

²¹ DE URBANO CASTRILLO, E. (1996). *Prueba ilícita...*, *op. cit.*, pág. 233.

²² ALDAY LÓPEZ CABELLO, F. (2018) *La regla de exclusión de la prueba ilícita en España, estudio comparado con la actualidad mexicana*. (Tesis Doctoral, Universidad de Girona, Catalunya), pág. 73. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10803/659086>.

de cierta duda, puede admitirse, practicarse y valorarse en sentencia, donde en su caso se dará lugar a un pronunciamiento excluyente y que no se la tendrá en cuenta.²³

En la STS 974/1997, en el FJ 2º aborda la privación contenida en el artículo 11.1 LOPJ, considerándolo efectivo únicamente en tanto la prueba obtenida de manera ilícita, ya sea de manera directa o indirecta, sea prohibida en cuanto a su uso en el proceso mediante la no valoración, aunque no establece si esta será consecuencia de su expulsión en el proceso.²⁴

2.2.2. “las pruebas obtenidas”

Sobre el alcance que debe darse a la expresión “*pruebas obtenidas*” existen interpretaciones divergentes, en cuanto unas son consideradas de naturaleza restrictiva en contraposición de aquellas cuya naturaleza es de carácter más amplio.

La doctrina de la prueba ilícita elaborada por el TC tuvo su continuación en la STC 64/1986, de 21 de mayo, en esta resolución se mantuvo una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación y operatividad del artículo 11.1 LOPJ²⁵. En dicha sentencia se estableció en el FJ 2º que la doctrina de la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales era aplicable únicamente a la “*vulneración de los derechos fundamentales que se cometa al obtener pruebas, pero no a la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues respecto de estos últimos momentos, los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de la indefensión*”²⁶.

Según esta interpretación, MIRANDA ESTAMPES afirma que el ámbito de aplicación del artículo 11.1 LOPJ queda limitado a las violaciones de derechos fundamentales producidas con ocasión de la investigación de los hechos en sede sumarial, es decir, durante la labor de la búsqueda y recogida de fuentes de prueba. Consiguientemente, se descartan aquellos supuestos en los que la vulneración de derechos fundamentales se origine en el momento de la admisión en el proceso o en su práctica del acto del juicio oral, siendo de aplicación el artículo 238 LOPJ que dispone “*Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los siguientes casos:*” siendo de aplicación, en lo que nos conviene, el apartado tercero que establece de forma taxativa “*Cuando se prescinda de las normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión*”²⁷, condicionando pues la nulidad de las actuaciones procesales a la producción de efectiva indefensión.

²³ DE URBANO CASTRILLO, E. (1996). *Prueba ilícita...*, op. cit., pág. 233.

²⁴ ALDAY LÓPEZ CABELLO, F. (2018) *La regla de exclusión...*, op. cit., pág. 76.

²⁵ MIRANDA ESTRAMPES, M. (2018). *El concepto de prueba ilícita...*, op. cit., pág. 115.

²⁶ STC 64/1986, de 21 de mayo.

²⁷ Artículo 238 LOPJ.

En términos generales, entendemos que aquellos que apoyan esta concepción perciben que las infracciones de derechos fundamentales durante el procedimiento probatorio (proposición, admisión y práctica o desahogo de la prueba) no pueda ser alegada por la vía del artículo 11.1 LOPJ, debiéndose acudir al régimen general de la nulidad de los actos procesales, con la consecuencia que tiene consistente en la falta de reconocimiento a efectos reflejos.²⁸

DIAZ CABIALE, comparte esta concepción restrictiva del concepto “*obtención*”, igual que el anterior, sostiene que esta expresión se refiere al momento de recogida de fuentes, por lo que la posible infracción de derechos fundamentales en la producción misma de la prueba en juicio oral no puede ser alegada a través del artículo 11.1 LOPJ, sino del artículo 24.2 de la Constitución Española, por infracción de la presunción de inocencia.²⁹

Otro sector de la doctrina se ha posicionado en contra de esta interpretación restrictiva. Autores como ASENSIO MELLADO³⁰ se han pronunciado sobre el alcance que debe darse a la expresión “*prueba obtenidas*”, él afirma que al artículo 11.1 LOPJ no se circunscribe a la sola tarea de búsqueda e investigación de fuentes de prueba, sino que utiliza la expresión “*obtención*” refiriéndose no solamente la actividad de investigación de la fuente de prueba sino, también, la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos inadmisibles en tanto que violan derechos fundamentales, esto es, tanto las fuentes de prueba como los medios de prueba.³¹

En esta línea, JORGE BARREIRO escribe: “*ha de entenderse como insuficiente y errónea la limitación de la prueba ilícita a la fase de investigación, pues claramente ha de extenderse también a la del plenario*”³². Tesis compartida por MIRANDA ESTRAMPES.

Por último, ROVIRA CANTO³³ se pronuncia acerca de un aspecto distinto pero sin alejarse de la línea que siguen los autores partidarios de esta concepción. Él entiende que abarca todas las pruebas con independencia de quien sea el sujeto que la obtuvo, la jurisprudencia española, a diferencia de la norteamericana, no limita los sujetos que pueden obtener pruebas violando derechos fundamentales, pudiendo ser la policía, las partes o incluso un tercero, a diferencia de la norteamericana que limita el alcance a los policías.

²⁸ MIRANDA ESTRAMPES, M. (2018). *El concepto de prueba ilícita...*, *op. cit.*, pág. 116.

²⁹ DE URBANO CASTRILLO, E. (1996). *Prueba ilícita...*, *op. cit.*, pág. 235.

³⁰ ASENSIO MELLADO, J. M. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*. Ed. Tribium, Madrid, 1989, pág. 82.

³¹ MIRANDA ESTRAMPES, M. (2018). *El concepto de prueba ilícita...*, *op. cit.*, pág. 117.

³² JORGE BARREIRO, A. La prueba ilícita en el proceso penal. *Planes provinciales y territoriales de formación*. CGPJ, 1992. Vol. II. y De Urbano Castrillo, E., Torres Morato, M.A. *La prueba ilícita penal...*, *op. cit.*, pág. 45.

³³ DE URBANO CASTRILLO, E. (1996). *Prueba ilícita...*, *op. cit.*, pág. 235.

2.2.3. “directa e indirectamente”

Para entrar a valorar este fragmento del precepto, me parece adecuado analizar ambos conceptos por separado.

La expresión “directa” desde el punto de vista de la doctrina no parece presentar complicaciones. Para HUERTAS MARTÍN el concepto se refiere de manera clara a aquellos supuestos en los que de la obtención de la fuente o medio de prueba deriva, con directa relación de causalidad, una lesión de un derecho o libertad fundamental (así por ejemplo, la realización de un interrogatorio mediante fuerza o intimidación).³⁴

Ahora bien, cuando se trata de analizar el término “indirectamente”, la cuestión parece complicarse, pues es susceptible de diversas interpretaciones, abriendo un campo de posibilidades verdaderamente amplio.

La mayoría de los autores entienden “indirectamente” en el sentido de la asunción, por parte de nuestro ordenamiento jurídico, de la teoría del fruto del árbol envenenado (*Fruit of the poisonous tree doctrine*³⁵) o del efecto reflejo de la prueba ilegalmente obtenida, según la cuál las pruebas obtenidas lícitamente pero a partir de evidencias ilícitas, han de quedar también excluidas, pues la relación de causalidad que las relaciona las hace igualmente ilegales.³⁶

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1992 que, en su FJ 2º afirma “*La obtención ilegítima o ilícita de una prueba puede operar conforme al art. 11.1 de la LOPJ violando o vulnerando directa o indirectamente un derecho fundamental. Esta condición refleja o indirecta establecida en la norma indicada no puede por menos que entenderse referida a los supuestos en que la prueba obtenida lícitamente lo es en base a otra actividad que de manera directa ha vulnerado un derecho fundamental*”³⁷

Dicho concepto, fue rápidamente normalizado en el contexto doctrinal español bajo el llamado “efecto dominó”. Concretamente la STS 1.451/2003, de 26 de noviembre, en su FJ 10º

³⁴ HUERTAS MARTÍN, M. I. (1999). *El sujeto pasivo...*, op. cit., pág. 158.

³⁵ Me parece importante hacer un breve comentario acerca de la procedencia de esta teoría. Como es bien sabido, es de origen norteamericano y se remonta al caso Silverthorne Lumber Company contra Estados Unidos, de 26 de enero de 1920, cuando los agentes del Gobierno allanaron las oficinas de Frederick W. Silverthorne y este empresario y su padre fueron detenidos basándose en los libros contables hallados en aquel registro que posteriormente se declaró ilegal, apelando a la IV Enmienda de la Constitución. La resolución de dictó el Tribunal Supremo estadounidense, en apelación, describió esta doctrina pero sin llegar a citarla con el nombre que hoy se le atribuye, que fue posteriormente, con el caso Nardone contra Estados Unidos de 11 de diciembre de 1939.

³⁶ HUERTAS MARTÍN, M. I. (1999). *El sujeto pasivo...*, op. cit., pág. 159, y PICÓ JUNOY, Joan. Nuevas perspectivas sobre el alcance anulador de las pruebas ilícitas. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (núm. 1), págs. 1871-1879. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=74747>.

³⁷ STS 210/1992, de 7 de febrero, [RJ 1992/1108].

dispuso que “*La justificación de este determinado “efecto dominó”, que derriba y arrastra toda la prueba derivada de la vulneración constitucional, se encuentra en que sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Cuando la prueba de cargo inicial ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria, y, como consecuencia de este “efecto dominó” ello determina el decaimiento de todas las pruebas derivadas de ella*”³⁸.

Se pronuncian en el mismo sentido, entre otras, SSTS, 2258/1994, de 15 de diciembre³⁹; 457/1999, de 19 de junio⁴⁰; 65/1999, de 31 de enero⁴¹; 1850/2000, de 29 de diciembre⁴²; y 1203/2002, de 18 de julio⁴³.

Siguiendo la misma corriente, LÓPEZ-FRAGOSO⁴⁴ se muestra partidario del efecto reflejo que la prueba ilícita puede provocar, siempre y cuando se haya acreditado la existencia de una relación de causalidad entre la prueba ilícitamente adquirida y la que se haya obtenido a partir de ella.

El problema, afirma ROVIRA CANTO, estriba en la motivación de las pruebas, de las que debe deducirse la influencia real que ha tenido en el fallo cada prueba, cuestión especialmente importante en el caso de la prueba indiciaria a la que se llega con algún medio de prueba obtenido de forma ilícita.⁴⁵

ARMENTA DEU⁴⁶, afirma que el contenido y el alcance del adverbio “*indirectamente*” puede colmarse de dos maneras distintas, dependientes de la concepción que se tenga sobre los efectos de la prueba prohibida. En un primer momento, si se parte de la idea del efecto directo, la prohibición de valoración circunscribirá sus efectos al acto de prueba que causó la violación del derecho fundamental, más no afectará la condena del acusado; si por otro lado, se predica el llamado efecto reflejo, la prohibición se habrá de extender a todas las pruebas que se deriven de la obtenida ilícitamente.⁴⁷

³⁸ STS 1.451/2003, de 26 de Noviembre de 2003, [RJ 2003/9491].

³⁹ STS 2.258/1994, de 15 de diciembre, RJ [1994/10153].

⁴⁰ STS 457/1999, de 19 de junio, [RJ 1999/5659].

⁴¹ STS 65/1999, de 31 de enero, [RJ 2000/727].

⁴² STS 1.850/2000, de 29 de diciembre, [RJ 2000/10478].

⁴³ STS 1.203/2002, de 18 de julio, [RJ 2002/7997].

⁴⁴ LÓPEZ FRAGOSO ÁLVAREZ, T. (1991). *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Ed. Colex. Madrid.

⁴⁵ URBANO CASTRILLO, E. *Prueba ilícita...*, *op. cit.*, pág. 236.

⁴⁶ ARMENTA DEU, T. (2005). *Aspectos relevantes del sistema...* *op. cit.*, págs. 311 y ss.

⁴⁷ ALDAY LÓPEZ CABELLO, F. (2018). *La regla de exclusión...*, *op. cit.*, pág. 77.

2.2.4. *Violentando los derechos y libertades fundamentales*

Como bien he comentado en el capítulo anterior, existen posiciones divergentes en la doctrina relativas a qué derechos deben ser vulnerados para que se declare una prueba como ilícita. Algunos comparten que la vulneración debe reservarse únicamente a los derechos que tengan la consideración de fundamentales (concepción restrictiva) y otros que opinan lo contrario (concepción amplia), centrándose en la vulneración de cualquier norma procedimental, moral pública o del ordenamiento jurídico, es decir, con independencia de si la vulneración afecta a derechos fundamentales o no.

A sabiendas que el precepto objeto de análisis se redactó con posterioridad a la STC 114/1984, sentencia que para algunos autores se decantó por la concepción restrictiva de las antes comentadas. Entre otros, MIRANDA ESTRAMPES afirmó que mediante la STC, el Tribunal optó por la postura doctrinal que limita la inadmisibilidad, así como la prohibición de valoración de la prueba ilícita a aquellos casos en que se hubiere obtenido violentando derechos o libertades fundamentales, entendiendo por tales, únicamente los contenidos en la Sección Primera, del Capítulo Segundo del Título I del texto constitucional (arts. 15 a 29 de la CE).

En la misma línea, FIDALGO GALLARDO, destacó la decisión del legislador por introducir en la redacción del artículo 11.1 LOPJ la dicción literal de la STC 114/1984⁴⁸. Puede observarse esta afirmación en el FJ 4º de la STC que dispone lo siguiente:

*“Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícita adquirida hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y su afirmada condición de “inviolables” (art. 10 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derechos fundamental o una libertad fundamental”*⁴⁹.

Por ello, concluyo que el art. 11.1 LOPJ hace únicamente referencia a la vulneración de este tipo de derechos y libertades, esto es, los que tienen consideración constitucional de fundamentales. Por ende, entiendo que la vulneración de aquellos derechos no tengan esta consideración quedan fuera del ámbito de aplicación del precepto. Sin embargo, mencionar que en determinados supuestos la infracción de normas procesales puede dar lugar a la vulneración de los artículos 14 y 24.2 de la CE, implicándose de este modo, derechos fundamentales incluidos en la órbita de aplicación del art. 11.1 de la LOPJ.⁵⁰

⁴⁸ ALDAY LÓPEZ CABELLO, F. (2018) *La regla de exclusión...*, op. cit., pág. 78.

⁴⁹ STC 114/1984.

⁵⁰ HUERTAS MARTÍN, M. I. (1999). *El sujeto pasivo...*, op. cit., pág. 167.

En base a lo visto hasta el momento, a pesar de las divergencias doctrinales, centrándome en la forma que está redactado el precepto parece no admitir ninguna excepción, es decir, en aquellos casos en los que se constate la violación de un derecho fundamental en la obtención de una prueba, ésta no debe ser admitida en el proceso o, en su caso, si es aportada debe ser eliminada del mismo, así como todas las pruebas que puedan derivarse de aquella por considerarse pruebas contaminadas. El problema que aquí nos ocupa es el de determinar hasta dónde puede llegar la cadena de contaminación de pruebas.

Encontramos en la regla de exclusión de la prueba ilícita algunos matices que demuestran que dicha teoría no es absoluta, y esto es debido a que los mismos tribunales, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, han introducido distintas excepciones a la misma admitiendo algunas pruebas que, atendiendo a lo dispuesto en el precepto, tendrían la consideración de ilícitas.

En el presente trabajo analizaré una de las varias excepciones que se han ido admitiendo por parte de los tribunales: la confesión voluntaria del imputado.

3. LA CONFESIÓN VOLUNTARIA DEL INVESTIGADO

3.1 Concepto de “confesión”

Antes de proceder al análisis de la confesión voluntaria como excepción a la regla de exclusión probatoria, considero de vital importancia dedicar un capítulo a observar la institución de la confesión del investigado o del acusado como persona física⁵¹ en el proceso penal en sí misma, por no considerarla baladí, siendo esta de forma indiscutible la protagonista del presente trabajo.

A pesar de las diferentes posiciones doctrinales, CAMPANER MUÑOZ define, en mi opinión muy acertadamente, el concepto “confesión” como *“la declaración prestada ante*

⁵¹ Concepto utilizado y criticado por CAMPANER MUÑOZ en CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de... op. cit.*, págs. 98 y ss. El autor comparte, en primer lugar que *“resulta ontológicamente imposible que una persona confiese si no es a través de su representante, id est, una persona física”*, y sigue diciendo que, *“constituye un hecho notorio que la inmensa mayoría de confesiones se producen bajo la vigencia de la detención del declarante (evento que no puede tener lugar en el caso de los representantes designados por las personas jurídicas imputadas)”*; finalmente también expone que tras la reforma del Código Penal español, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y adoptó *numerus clausus* de supuestos para la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, implantando pues un sistema tasado, es por todo ello que tan solo voy a centrarme en la confesión de las personas físicas.

funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación por parte de un sujeto que habría cometido, por sí solo o junto con otros una infracción penal”⁵².

La STS 697/1982 de 22 de mayo la definió, en el considerando primero, como “*la declaración que en contra de sí hace el imputado, reconociéndose culpable del delito y demás circunstancias*”⁵³.

Por su parte, MITTEMAIER, C.J.A. también definió el concepto afirmando que confesión es “*la declaración por la que [el acusado] afirma la verdad de un hecho de la inculpación dirigida contra él, hecho que por consiguiente le es perjudicial*”⁵⁴. Lo desconcertante de esta definición es la limitación que puede observarse con el término “acusado” ya que el propio autor estaría limitando su relato a las confesiones producidas en el acto del juicio oral y no en las fases preprocesal ni sumarial. En la misma línea, se pronuncia SILVA MELERO, V. que dispone que la confesión es aquella “*espontánea declaración o afirmación, por la cual el inculpado precisa la responsabilidad propia, sola o conjuntamente con la de otros, en la perpetración de una infracción penal que se le reprocha*”⁵⁵; dicha definición presenta idéntica limitación que la anterior, además incorpora el elemento de la “espontaneidad” que, a pesar de ser un elemento posible en una confesión (aspecto que analizaré más adelante), considero del todo erróneo utilizar el concepto para definir la confesión en todos sus posibles aspectos. CAMPANER MUÑOZ hace una reflexión muy interesante al respecto afirmando que:

“(…) de un lado la exigencia de la nota de espontaneidad, en la medida en que en función de la aceptación del diccionario de la Real Academia Española de la Lengua que se adopte del adjetivo “espontáneo” (la primera, “voluntario o de propio impulso”, o la tercera “que se produce aparentemente sin causa”) las asunciones de responsabilidad estratégicas (para evitar la prisión preventiva, obtener un beneficio penológico, descartar la apreciación de un tipo penal más grave, exonerar a un tercero, etc.) o incluso las que se producen siguiendo el consejo de un tercero (habitualmente del Abogado defensor) por pura inercia derivada de la confianza en el mismo y/o de la ausencia de criterio propio o serenidad en ese momento del confesante quedarían fuera de la órbita del término confesión a pesar de que la misma sería plenamente válida en el proceso; y de otro lado, la exigencia de que exista ya, al tiempo de la asunción de la responsabilidad, un “reproche” hacia el confesante deja fuera cualquier reconocimiento de hechos no investigado, cuando en realidad, el mismo constituiría una confesión. Tal vez la más

⁵² CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba* (Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid). Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=99040&orden=1&info=link>. Visto en: 20/03/2019.

⁵³ STS 697/1982, de 22 de mayo, [RJ 1982/2702].

⁵⁴ MITTEMAIER, C. J. A. (1979). *Tratado de la prueba en materia criminal*. Adicionada y puesta al día por Pedro Aragonés Alonso. 10ª Ed. Reus, Madrid, pág. 216.

⁵⁵ SILVA MELERO, V. (1963). *La prueba procesal*, Tomo I. Madrid, pág. 183 –cit. por CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de... op. cit.*

*pura y valiosa de las confesiones, que no en vano, situaría al confesante en posición acreedora de una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal (la confesión del art. 21.4 C.P.), incluso muy cualificada (art. 66.1.2ª del C.P.) en función de las circunstancias concurrentes.*⁵⁶.

3.2 Regulación legal.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) distingue tres momentos procesales diversos en los que puede efectuarse la declaración del procesado y, por ende, su confesión, siendo estos, en sede de Procedimiento Ordinario, Procedimiento Abreviado y en el Juicio Oral.

La LECrim prevé que toda persona a la que se le atribuya la comisión de algún delito tiene derecho a declarar o a no hacerlo si lo desea cuando menos en fase de instrucción⁵⁷. En efecto, previsto en el Capítulo IV del Libro II, Título III, bajo la rúbrica “*De las declaraciones de los procesados*”⁵⁸ (arts. 385 a 409) regula, en sede de Procedimiento Ordinario diversos aspectos de la declaración (“*interrogatorio*”⁵⁹) del investigado en presencia judicial, destacando a mi conveniencia, que esta diligencia de investigación de los hechos debe ser acordada por el Juez ya sea de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del querellante particular, haciendo que los procesados presten cuantas declaraciones considere el Juez de Instrucción oportunas (Art. 385 LECrim).

En lo que aquí nos interesa, en los supuestos que se produjera una confesión por parte del investigado, el art. 406 de la misma ley dispone que “*La confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y existencia del delito.*” y sigue diciendo que “*Con*

⁵⁶ CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de...* op. cit., pág. 106.

⁵⁷ CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de...*, op. cit., pág. 99.

⁵⁸ Véase también el artículo 24.2 de la CE que dispone “*Asimismo, todos tienen derecho (...) a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*”, y en la misma línea, el artículo 229.2 de la LOPJ que establece “*Las declaraciones (...), se llevarán a efecto ante el juez o tribunal con la presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley*”.

⁵⁹ Concepto utilizado, además de duramente criticado por CAMPANER MUÑOZ en CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de...* op. cit., págs. 105 y ss. El autor critica el hecho que los conceptos “*declaración*” e “*interrogatorio*” son distintos y que la LECrim en sus artículos 688 y siguientes, utiliza la expresión “*interrogatorio*” de forma errónea, ya que en palabras del autor “*son cosas distintas a pesar de que la primera puede obtenerse a través del segundo*”. Asimismo, alega que “*mientras la confesión podría definirse como la declaración prestada ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación por parte de un sujeto que habría cometido, por sí solo o junto con otros, una infracción penal*” define el interrogatorio como “*un acto preprocesal o procesal en cuya virtud el sujeto al que se le atribuye la comisión de alguna infracción penal dará respuesta, si lo desea, a las preguntas que al respecto le formulen los investigadores o los sujetos procesales*”.

este objeto, el juez instructor interrogará al confeso para que explique todas las circunstancias del delito y cuanto puede contribuir a comprobar su confesión, si fue autor o cómplice, y si conoce algunas personas que fueren testigos o tuvieran conocimiento del hecho.”

En relación al Procedimiento Abreviado previsto en el Libro IV, Título II de la LECrim, *“aun sin regular expresamente el interrogatorio en fase de instrucción, y más concretamente de diligencias previas”*⁶⁰ prevé en el artículo 775 del Capítulo III relativo a las *“Diligencias previas”* que *“Tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá [al investigado] entrevistarse reservadamente con su abogado, sin perjuicio de lo establecido en la letra c) del artículo 527.”*⁶¹

Igual que en el anterior, el art. 779 de la LECrim en su apartado quinto regula los supuestos en los que se produce la confesión por parte del investigado, y establece taxativamente lo siguiente: *“Si, en cualquier momento anterior [a la práctica de las diligencias pertinentes] el investigado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801[relativos a la preparación del juicio oral].”*

Considero importante precisar que, hasta el momento, en las diligencias de toma de declaración mencionadas, en ambos procedimientos el procesado ha tenido la consideración de “investigado”, seguidamente una vez abierto el Auto del Juicio Oral, el procesado adquirirá la condición de “acusado”.

El Juicio Oral, regulado en el Libro III de la LECrim, regula en la Sección 1ª del Capítulo III, del Título III (arts. 688 a 700), bajo las rúbricas *“Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral”* y *“De la confesión de los procesados y personas civilmente responsables”* prevé de forma sucinta la confesión del acusado en el Plenario, sin que exista expresa regulación sobre el interrogatorio del acusado en el juicio, el *usus fori* hasta ahora consolidado sitúa la declaración al comienzo del juicio, que suele ser el momento procesal que interesan el Ministerio Fiscal y las acusaciones.

⁶⁰ CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de... op. cit.*, pág. 100.

⁶¹ La letra c) del artículo 527 que dispone: *“En los supuestos previstos del artículo 509, el detenido podrá ser privado de los siguientes derechos si así lo justifican las circunstancias del caso: (...) c) Entrevistarse reservadamente con su abogado”*.

3.3 Naturaleza jurídica de la confesión.

Cumple analizar qué virtualidad tiene realmente la confesión; para, más adelante, examinar la confesión precedida de prueba ilícita. Esta puntualización sirve para plantearnos si realmente, la confesión del acusado constituye, por sí misma, prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

3.3.1. *Posiciones doctrinales.*

No existe acuerdo, ni posiciones doctrinales unánimes en lo tocante a la naturaleza jurídica de la confesión⁶². Una parte de la doctrina considera que son tres las teorías más relevantes; en primer lugar la teoría que considera la confesión como un indicio, seguidamente aquella que la considera un medio de prueba y, por último la que entiende la confesión como un negocio jurídico procesal.

Primeramente, en términos generales, la teoría que entiende la confesión como un indicio se centra en el simple hecho que es difícil creer que una persona, al cometer una acción tipificada penalmente, estuviera dispuesta a confesar la infracción con posterioridad. Por ende, se considera imprescindible revestirla con otros elementos probatorios que puedan ratificarla, permitiendo que adquiriera fuerza probatoria. En efecto, únicamente operará como un indicio, con independencia de ser susceptible de una futura conversión a prueba pero nunca de manera inicial y directa.

En segundo lugar, también de forma superficial, la vertiente que considera la confesión como un medio de prueba, a diferencia de la anterior, sí atribuye fuerza probatoria a la confesión por dos motivos interrelacionados. Esta teoría presume que ningún imputado, con plenas capacidades mentales, llevará contra sí mismo afirmaciones que le sean perjudiciales; por ende, quién mejor que el declarante para conocer los hechos que él mismo ha cometido.

En tercer lugar, aquella que considera la confesión como un negocio jurídico procesal establece que la declaración autoinculpatória no puede considerarse una declaración de voluntad, sino de participación o notificación de voluntad, siendo irrelevante el hecho que las consecuencias sean, o no, queridas para el declarante.

⁶² LAFUENTE SANZ, V.D. (2015). *Análisis jurisprudencial de la declaración autoinculpatória en el proceso penal: aspectos de interés* (Trabajo de Fin de Grado, Universidad Zaragoza, Zaragoza), pág. 4. Recuperado de: <https://zaguan.unizar.es/record/32128/files/TAZ-TFG-2015-436.pdf> . Visto en: 18/04/2019.

3.3.2. *Tratamiento de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.*

*“En el proceso penal español, existe una mezcla entre la teoría de la confesión como indicio y la confesión como medio de prueba, si bien esta última, tasada a expensas de unos requisitos para causar efecto”.*⁶³

Tal y como he expuesto con anterioridad, en el supuesto de confesión durante la fase de instrucción, el art. 406 LECrim establece la obligación al Juez instructor de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y la existencia del delito. En el mismo sentido se pronuncia la STS 442/2007, de 4 de mayo,⁶⁴ en su F.J. 2º.

Esta necesidad de completar la confesión del investigado está íntimamente relacionada con el objetivo de evitar la sobrevaloración de la confesión en el proceso penal. Ya CARNELUTTI advertía que *“malo sería si el juez se contentase con razonar así: el imputado ha confesado haber matado. Por lo tanto ha matado”*⁶⁵.

Muy interesante resulta en este sentido la STS 193/2008, de 30 de abril, cuando afirma en su FJ único una breve explicación acerca de cómo la justicia ha conseguido a lo largo de los años, desvincular la confesión de la tortura que, como bien expone la sentencia, era considerada la *“regina probatorum”* del proceso penal. Es bien sabido que tiempo atrás, la tortura era el método por excelencia para conseguir una confesión inculpativa, todo ello terminó gracias al pensamiento ilustrado, a través del cual se consiguió un cambio de mentalidad dando comienzo a un nuevo camino que no lleva hasta la actualidad.

En consonancia con lo expuesto, la sentencia expone en su literalidad que *“(…) la confesión fue, en efecto, regina probatorum, pero sólo en el proceso penal del ancien régime, es decir, en el inquisitorial y, en general, en el inquisitivo, en los que, como se sabe, ese instrumento probatorio operaba asociado a la tortura. Es por lo que, con razón, se le considera verdadero fundamento de todos los abusos de esa época oscura. Tanto es así que ha podido hablarse, con verdad, de “horrores y errores” con tal medio de prueba como causa. Y se sabe que fue la constancia de este resultado lo que -muy trabajosamente y merced al esfuerzo del pensamiento ilustrado- sacudió las conciencias, cambió las sensibilidades y generó el estado de opinión que, finalmente, desembocaría en la superación de semejante bárbaro estado procesal de cosas. En este orden, el cambio de situación se cifró en la abolición de la tortura, el destronamiento de la*

⁶³ LAFUENTE SANZ, V. D. (2015). *Análisis jurisprudencial... op., cit.*, pág. 7.

⁶⁴ STS 442/2007, de 4 de mayo, [RJ 2007/4730].

⁶⁵ CARNELUTTI, F. (1997). *Las miserias del proceso penal*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. 2ªEd. TEMIS S.A, Santa Fe de Bogotá, pág. 39.

confesión, con pérdida aquella regia prerrogativa, y la consagración del principio nemo tenetur se detegere, es decir, el derecho del imputado a no declarar, sobre todo, contra sí mismo. De modo que su declaración pasaba a ser más bien un (opcional) medio de defensa. Y su confesión una eventual prueba, ya no privilegiada, sino rigurosamente bajo sospecha. Lo acredita la previsión del art. 406 Lecrim, que, en presencia de la manifestación autoinculpatoria del imputado, obliga al juez a practicar las diligencias de investigación necesarias para adquirir el convencimiento de la verdad, porque ella, en sí misma, no sería fiable”⁶⁶

Es por este motivo que se insta a orientar la actividad investigadora del Juez de Instrucción más allá de la obtención de la confesión. En el supuesto en que el imputado declare en sentido inculpativo, respecto de sí mismo, la jurisprudencia sostiene que tal declaración adquiere fuerza probatoria, siempre y cuando se cumplan una serie de pautas que siguen a la declaración. En efecto, con tal que la declaración del imputado tenga efectos probatorios, es necesario que esté acompañado y asistido por un abogado, asimismo, el Juez deberá leerle sus derechos constitucionales, a guardar silencio y no declarar contra sí mismo.

Respecto del valor de la confesión, la STS 1.105/2007, de 21 de diciembre afirma en su FJ 2º que *“es doctrina reiterada y constante la de que obtenida con las debidas garantías legales, constituye prueba idónea y suficiente para estimar enervada la presunción de inocencia”⁶⁷*. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS 1.179/1982, de 7 de octubre⁶⁸, y 604/1998, de 4 de mayo⁶⁹, entre otras.

En consonancia con lo anterior, la STS 1.328/2011, de 12 de diciembre, dispone en su FJ2 que *“es cierto que son numerosas las sentencias en la que el Tribunal Supremo exige la necesidad de practicar otras pruebas distintas de la confesión que corroboren la veracidad de la misma, pero ello no significa que la confesión por sí sola, carezca de valor probatorio y que deba acreditarse por medio de otras pruebas distintas. Es significativa al respecto la STS.18.1.98, que distingue entre la prueba de la existencia del delito (cuerpo del delito), y la prueba de la autoría y en la que se afirma expresamente que “si la Ley impone al Juez el deber de verificar la existencia del delito confesado para adquirir la convicción respecto de la verdad de la confesión, es porque sola (la confesión) no es prueba suficiente de la existencia del delito...(…). El art. 106 LECrim. Exige distinguir entre la prueba de la existencia del delito (cuerpo del delito) y la prueba de la autoría. Solo la primera no puede ser probada exclusivamente por la confesión. Con respecto a la autoría, por el contrario la confesión es por*

⁶⁶ STS 193/2008, de 30 de abril, [RJ 2008/1861].

⁶⁷ STS 1.105/2007, de 21 de diciembre, [RJ 2008/560].

⁶⁸ STS 1.179/1982, de 7 de octubre, [RJ 1982/5608].

⁶⁹ STS 604/1998, de 4 de mayo, [RJ 1998/8275].

sí misma suficiente". Igualmente la STS. 20.12.91 recuerda cierto que el art. 406 LECrim. establece que la mera confesión del procesado no dispensará al Juez Instructor de practicar todas las diligencias necesarias para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito", pero la STS. 30.4.90 precisa el valor pleno de las declaraciones del delito (...), la confesión del acusado puede ser prueba suficiente de su autoría"⁷⁰. Y sigue tal que así, "En efecto el art. 406 LECim. no puede ser interpretado como una negación del carácter del medio de prueba que a la confesión indudablemente corresponde, sino como una afirmación del mismo. Por tanto, la confesión, en un correcto entendimiento de dicho precepto, no será idónea, en principio para probar el cuerpo del delito que no consta por otros medios de prueba. Pero constando el cuerpo del delito, la confesión puede, por sí misma, ser prueba suficiente de la autoría"⁷¹.

Estas sentencias parece que intenten evitar la posible confusión que puede surgir a través de la afirmación "la confesión no resulta prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia". Como bien exponen, no debemos caer en el error de subestimar el efecto que puede tener la confesión. Es decir, a pesar de no ser prueba suficiente para demostrar la existencia de delito, ya que se requiere que el juez de instrucción practique todas las diligencias necesarias para su verificación; no ocurre lo mismo con la autoría, cuya confesión en este sentido sería suficiente.

Muy importante me parece la STS 86/1995, de 6 de junio, que, también en relación a la prueba de la confesión del imputado, "declaró la aptitud de tal declaración una vez verificado que se prestó con respecto a las garantías de todo imputado, declarando que la validez de tal confesión y su aptitud como prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas objetivas en las que se obtuvo. Doctrina reiterada en la STC. 161/49 al afirmar;"de lo que se trata es de garantizar una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible para el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responde a un acto de ... inducción fraudulenta o intimidación"⁷².

La STS 286/2011 de 15 de abril, añade la necesidad de "que se trate de una confesión, además de plenamente voluntaria y libre, completa, es decir, con admisión de la

⁷⁰ STS 1.328/2011, de 12 de diciembre, [RJ 2012/445].

⁷¹ STS 1328/2011.

⁷² Visto en: Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia número 2012/2018, de 17 de mayo. Visto en: 24/04/2019.

responsabilidad penal de los hechos confesados”⁷³ para poder proceder a valorar la declaración.

La tesis de CAMPANER MUÑOZ⁷⁴ sostiene que un sector de la doctrina considera que en aquellos supuestos en los que resulte imposible la obtención de datos que corroboren lo manifestado por el investigado y el Juez o Tribunal entienda que su versión es verosímil, nada impide, en verdad, acoger su fuerza probatoria y, además, considerar la confesión autoincriminatoria prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

En el siguiente estadio procesal, el investigado procede a obtener la condición de acusado y, en supuesto de confesión autoincriminatoria el juez juzgador no solo estará obligado a que se respeten los anteriores requisitos para poder valorar la declaración, sino también deberá de tener en cuenta si ésta ha sido introducida en el plenario respetando la posibilidad de contradicción, del ahora acusado. Esta contradicción vendrá salvada mediante la lectura de la declaración, o bien, introducida en sus puntos esenciales, a través del interrogatorio.⁷⁵

3.4 Manifestaciones espontaneas.

Considero de vital importancia dedicar un apartado de mi trabajo a cómo la jurisprudencia trata las manifestaciones espontáneas de índole incriminatoria de los sospechosos ante la policía, concretamente en los supuestos de confesión sin asistencia letrada.

En palabras de ORMAZABAL SÁNCHEZ, “*uno de los problemas más frecuentes y complejos que el tribunal ha afrontado es el relativo a la atribución de valor probatorio a las manifestaciones espontaneas autoinculpatorias realizadas por el detenido a la policía cuando aún no se le ha tomado declaración en sentido formal*”⁷⁶.

Muy instructiva me parece al respecto la STS 704/2013, de 25 de septiembre⁷⁷, que en su FJ3º ofrece un profundo análisis de la jurisprudencia habida hasta la fecha sobre las conocidas “manifestaciones espontáneas” que utilizó para resolver un supuesto de hecho relativo a unas manifestaciones espontáneas que realizó la detenida a los agentes policiales precedida de la instrucción de sus derechos, con intención de colaborar, pero sin asistencia letrada.

⁷³ STS 286/2011 de 15 de abril, [RJ 2011/3458].

⁷⁴ CAMPANER MUÑOZ, J. *La confesión precedida de... op. cit.*, pág. 126.

⁷⁵ LAFUENTE SANZ, V. D. (2015). *Análisis jurisprudencial... op. cit.*, pág. 7.

⁷⁶ ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. (2015). *El derecho a no incriminarse*. Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, pág. 299.

⁷⁷ STS 704/2013, de 25 de septiembre, [RJ 2013/6452].

En efecto, el tribunal analizó minuciosamente el recorrido jurisprudencial sobre la materia, afirmando lo siguiente:

En primer lugar, a pesar de lo establecido en el artículo 17.3 CE relativo al derecho a la asistencia letrada del detenido en las diligencias policiales y judiciales, la STS 545/2001, de 3 de abril⁷⁸, afirmó que es igualmente cierto que *“ninguna ley prohíbe (...) que las personas detenidas realicen, de forma voluntaria y espontánea, determinadas manifestaciones a la Autoridad o a sus agentes, confesando su culpabilidad e incluso ofreciéndose a colaborar con ellos –cualesquiera que puedan ser los móviles de su conducta o la finalidad perseguida”*⁷⁹.

Seguidamente, la STS 779/2003, de 30 de mayo⁸⁰, declaró que *“estas declaraciones espontáneas que llevan a cabo los detenidos, una vez han sido informados de sus derechos constitucionales, pueden tener validez como fuente probatoria de segundo grado o de referencia”* por lo que podemos considerar requisito esencial la previa información de los derechos constitucionales al investigado. Dicha sentencia sigue diciendo que *“en todo caso no pueden servir para descansar la convicción exclusivamente en ellas, si no son corroboradas por otras fuentes de prueba complementarias que se dirijan en la misma dirección, y lleven inequívocamente a un resultado probatorio obtenido mediante prueba indirecta o circunstancial”*, por ende, podríamos afirmar en tercer lugar, que es necesaria la complementación de dicha manifestación espontánea con otras fuentes de prueba que nos conduzcan de modo inequívoco a la misma conclusión de índole incriminatoria.

En cuarto lugar, en términos de la STS 418/2006, de 12 de abril, destaca que el derecho a no declarar *“no se extiende a las declaraciones libres y espontáneas que el detenido quiera realizar, porque lo prohibido [aspecto que ahora nos interesa] es la indagación, antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar, pero no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales”*⁸¹.

Asimismo, la STS 1.571/2000, de 17 de octubre⁸², *“admitió como prueba válida las declaraciones prestadas en el acto del juicio oral por los agentes policiales que testimoniaron acerca de las manifestaciones espontáneas realizadas por el acusado, tras su detención y una vez informado verbalmente de sus derechos, en el sentido de que no encontrarían nada en el*

⁷⁸ STS 545/2001, de 3 de abril, [RJ 2001/2929].

⁷⁹ STS 704/2013, de 25 de septiembre, [RJ 2013/6452].

⁸⁰ STS 779/2003, de 30 de mayo, [RJ 2003/6133].

⁸¹ STS 418/2006, de 12 de abril, [RJ 2006/2251].

⁸² STS 1.571/2000, de 17 de octubre, [RJ 2000/8780].

*registro de su vehículo porqué la droga la traían los otros coimputados, lo que se comprobó posteriormente*⁸³.

En relación con lo expuesto en quinto lugar, la STS 704/2003, hace un inciso afirmando que *“los instructores del atestado no pueden formalizar por escrito este tipo de declaraciones, hechas sin la previa información de los derechos que al detenido corresponden. Más esta ilegalidad no tiene la categoría de infracción constitucional, precisa para la aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ, sino que debe ser calificada de simple infracción de la legalidad ordinaria (art. 283.3 LOPJ), con la consecuencia de que la diligencia así practicada debe reputarse nula y, por ende, totalmente ineficaz desde el punto de vista de su posible eficacia probatoria –no susceptible, por lo demás, de subsanación-; pero que no afecta a la validez y posible eficacia probatoria de las ulteriores diligencias practicadas con pleno respeto de las exigencias legales y constitucionales”*.

Asimismo, la STS 1.030/2009, de 15 de octubre, insinúa que *“si estas manifestaciones se efectúan antes de la información de derechos no podrán ser utilizadas como medio probatorio apto para destruir la presunción de inocencia, aunque sí como elemento que sirva para la investigación. Esas declaraciones no son “nulas”; pero tampoco son “utilizables” como material probatorio de cargo*⁸⁴.

Este análisis jurisprudencial podría resumirse en los términos siguientes: es cierto que ninguna ley prohíbe al detenido de hacer declaraciones que lo incriminen, precisando que estas manifestaciones espontáneas no pueden considerarse vinculadas al derecho a no declarar, por ende, no impide a los agentes policiales oír las declaraciones que el detenido haga de forma libre y voluntaria. Asimismo, es requisito indispensable la instrucción de derechos que amparan al detenido, porque de no ser así, se consideraría nula por infracción de la legalidad ordinaria, es decir, no sería de aplicación el artículo 11.1 LOPJ y, por tanto, la ineficacia probatoria no se extendería a las ulteriores diligencias que puedan practicarse. Finalmente, establece la necesidad que dichas manifestaciones sean complementadas con otras fuentes de prueba, ya que por sí solas, no pueden ser prueba de cargo suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia.

Muy crítico se muestra CAMPANER MUÑOZ⁸⁵ con el planteamiento ofrecido por la antes mencionada STS 704/2013, de 25 de septiembre, que muy a su pesar, considera un retroceso en cuanto a derechos fundamentales se refiere, recordando la resolución de la STC 68/2010 y 53/2013 que se pronunciaba firmemente acerca de la ausencia de validez de las declaraciones policiales si no hallaban ratificación en presenta judicial; considerando inaceptable el hecho que

⁸³ STS 878/2013, de 3 de diciembre, [RJ 2014/1834].

⁸⁴ STS 1.030/2009, de 15 de octubre. [RJ 2009/5603].

⁸⁵ CAMPANER MUÑOZ, J. *La confesión precedida de... op. cit.*, págs. 130 y ss.

una eventual manifestación hecha por el detenido en una fase previa al interrogatorio policial, además de sin Letrado, se tolere su entrada en el procedimiento a través de la declaración testifical del agente que ha oído la manifestación espontánea, supuesto que aparenta ser total y evidentemente incompatible con los derechos constitucionales a no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable.

Asimismo, ORMAZABAL SÁNCHEZ⁸⁶ considera indispensable que, para dotar de algún valor probatorio a estas manifestaciones de profundo carácter incriminatorio, es indispensable la que el detenido haya sido instruido de su derecho a no incriminarse, y no en cualquier momento, sino de forma inmediata, tal y como establece el art. 520.2 LECrim.

Finalmente y de forma más actual aunque en la misma línea de lo señalado hasta el momento, la STS 1.013/2018, de 20 de marzo⁸⁷, en su FJ2 analiza los aspectos más importantes que deben revestir las manifestaciones espontáneas. Sin ánimo de repetirme, la se pronuncia en el mismo sentido que la mencionada con anterioridad, pero incorporando algunos aspectos relevantes para su complementación. Entre otros, enfatiza la necesidad que estas manifestaciones sean prestadas de forma libre, directa y realmente espontánea es decir no pueden ser provocadas directa o indirectamente mediante un interrogatorio más o menos formal, por ende, deben operar con mucha cautela para evitar la vulneración de derechos fundamentales. Asimismo, menciona estas manifestaciones deben ser introducidas en el debate contradictorio que supone el juicio oral a través de las declaraciones de los agentes que directamente lo percibieron.

Por no considerarla baladí, la sentencia comentada se pronuncia en el siguiente sentido literal: *“con relación a las denominadas declaraciones espontáneas esta Sala tiene ya una profusa doctrina que las considera hábiles y legítimas, cuando las mismas sean regulares es su obtención”* y sigue diciendo que *“En relación al valor probatorio de las manifestaciones espontáneas de un acusado esta Sala ha mantenido que se trata de un material probatorio que debe ser valorado con cautela, de manera que resultara inobjetable que se ha obtenido sin vulneración de los derechos del acusado.*

En concreto la sentencia 386/2017 de 24 de mayo, recuerda que esta Sala reconoce valor probatorio a este tipo de manifestaciones y señala que deben ser realmente espontáneas, es decir, no provocadas directa o indirectamente por un interrogatorio más o menos formal. Su valor probatorio está supeditado a que se trate de manifestaciones prestadas de manera espontánea, libre y directa, de un lado, y de otro sean introducidas en el debate contradictorio

⁸⁶ ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. (2015). *El derecho a no... op. cit.*, págs. 299 a 301.

⁸⁷ STS 1.013/2018, de 20 de marzo, [RJ 2018/1457].

que supone el juicio oral a través de la declaración de los agentes que directamente lo percibieron (STS 655/2014 de 7 octubre).

Añade la STS 229/2014, de 25 de marzo que cuando el origen del acervo probatorio consiste en declaraciones autoincriminatorias del acusado prestadas en sede policial, su validez inicial dependerá de que no se hubieran practicado con vulneración de derechos fundamentales y desde luego no pueden ser calificadas como declaraciones espontáneas las manifestaciones de un imputado efectuadas sin abogado y las dependencias policiales en respuesta a un interrogatorio sobre los hechos.

Constituiría un fraude procesal que no siendo prueba de cargo la autoincriminación en sede policial con asistencia letrada, salvo ratificación judicial, se admitiese como prueba la autoincriminación en un interrogatorio preliminar sin información de derechos”.

3.5 Derechos fundamentales del inculpado y el acusado.

La Constitución Española garantiza los derechos fundamentales del imputado o del acusado a la defensa, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, previstos en los artículos 17.3 y 24.2. Estos derechos, han sido objeto de proyección en nuestras leyes ordinarias, concretamente en los artículos 118, 520.2 y 771.2^a de la LECrim., que regulan respectivamente, el derecho de defensa, a ser informado de los derechos que le asisten, así como de informarle de los hechos que se le atribuyen y, sin darle menos importancia, también el derecho a guardar silencio que deriva de los anteriores.

El TC en la sentencia 76/2007, de 16 de abril⁸⁸, recordó la existencia de doctrina consolidada del mismo tribunal considerando “*que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable guardan una estrecha conexión con la presunción de inocencia y con el derecho de defensa*”, en efecto, pudiendo afirmar, que estos derechos constituyen garantías o derechos instrumentales del más amplio derecho de defensa. Se pronuncian en el mismo sentido, entre otras, las Sentencias del mismo TC 197/1995, de 21 de diciembre (FJ 6°); 161/1997, de 2 de octubre (FJ 5°); 127/2000, de 16 de mayo (FJ 4°); 67/2001, de 17 de marzo (FJ 6°); y 18/2005, de 1 de febrero (FJ 2°)

Asimismo, como bien señala CAMPANER MUÑOZ⁸⁹, el Tribunal de Garantías ha considerado el derecho a no declarar inherente al derecho de defensa (STC 103/1985, de 4 de

⁸⁸ STC 76/2007, de 16 de abril.

⁸⁹ CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de... op. cit.*, pág. 108-109.

octubre), declarando lo mismo con respecto al derecho a no decir la verdad e incluso a mentir (STC 142/2009, de 15 de junio).

En la línea de lo expuesto, la STC 161/1997, de 2 de octubre, así como, las SSTC 18/2005, de 1 de febrero; y 76/2007, de 16 de abril, todas mencionadas con anterioridad, añaden que en virtud del derecho a la presunción de inocencia la carga de la prueba en el proceso penal corresponde a la acusación, sin que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación.

Seguidamente, analizaré el pretendido “derecho a mentir” como mecanismo utilizado por el acusado en ejercicio al derecho de defensa.

3.5.1. El pretendido “derecho a mentir”

El objetivo de analizar el pretendido “derecho a mentir” es comprobar cómo la jurisprudencia ha entendido el mencionado “derecho”, así como marcar cuales son los límites impuestos por la misma, con el fin de no generar un sin sentido en nuestro sistema jurídico.

Para empezar, como es bien sabido, “mentir” está penado en el artículo 458 del Código Penal, bajo la rúbrica del falso testimonio, pero dicha prohibición es únicamente aplicable a aquél testigo que faltare a la verdad en su testimonio, por ende, el acusado no puede verse afectado con la pena correspondiente.

El TC en las sentencias⁹⁰ 198/2006, de 3 de julio (FJ 4°); 142/2006, de 8 de mayo (FJ 3°); 30/2005, de 14 de febrero (FJ 4°); 18/2005, de 2 de febrero (FJ 3°); y 155/2002, de 22 de julio (FJ 11°), coinciden en tanto que no someten al acusado a la obligación jurídica de decir la verdad.

El TS en la sentencia 245/2015, de 25 de Abril, afirmó que *“el acusado no está obligado a decir verdad, ni a prestar promesa o juramento con ese objeto. Por ende, puede mentir con impunidad. Ante esta afirmación, así como ante la falta de regulación expresa al respecto, no puedo evitar plantearme lo siguiente ¿Puede el acusado atribuir a otras personas una inexistente, además de inventada, participación en un delito, a coste cero? Evidentemente, la respuesta a este planteamiento es negativa. La misma sentencia establece más adelante que el hecho que el procesado no esté obligado por juramento o promesa a decir la verdad, sin poder ser reo de falso testimonio, no supone que pueda mentir y acusar a otros de manera impune.”*⁹¹

⁹⁰ SSTC 198/2006, de 3 de julio (FJ 4°); 142/2006, de 8 de mayo (FJ 3°); 30/2005, de 14 de febrero (FJ 4°); 18/2005, de 2 de febrero (FJ 3°); y 155/2002, de 22 de julio (FJ 11°). Visto en: 24/04/2019.

⁹¹ STS 245/2015, de 25 de Abril, [RJ 2015/2188].

Esta argumentación podría servir como límite garantista de los derechos fundamentales al honor, propia imagen e intimidad, previstos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que dispone en su artículo primero, estos derechos previstos en el artículo 18 de nuestra Constitución, deben ser protegidos civilmente *“frente a todo género de intromisiones ilegítimas”*, por este motivo, no podrían quedar impunes los ataques a terceras personas protegidas bajo este pretendido “derecho a mentir” como mecanismo al derecho fundamental de defensa.

En este sentido se pronuncia CAMPANER MUÑOZ que afirma de forma muy acertada que *“una cosa es que el acusado esté amparado por el derecho a no confesarse culpable y otra muy distinta es que, yendo más allá del manto protector que le confiere este derecho fundamental, lleve a cabo una falaz –y, por ello, ilegítima- intromisión en los derechos fundamentales de una tercera persona”*⁹².

La STS 1.839/2001, de 17 de octubre, añade un elemento importante en lo que a los límites del pretendido “derecho a mentir” se refiere, dicha sentencia expresa que *“por el hecho de que el procesado no esté obligado por juramento o promesa a decir la verdad, y quede excluido de la posibilidad de ser reo de falso testimonio, no supone que pueda mentir en lo que a otros concierne, ni acusarles impunemente. Las acusaciones inveraces a otros imputados podrían ser constitutivas de un delito de acusación y denuncia falsa”*⁹³. Por lo que, en la línea de lo expuesto, una cosa es ejercitar el derecho de defensa y otra distinta es realizar una acción de “imputación” con ocasión de dicho ejercicio y, por lo tanto, transgrediendo su contenido nuclear.

En consonancia con lo anterior, el propio TC, en la sentencia 142/2009, de 15 de julio, ha establecido en su FJ6 unos matices a ese supuesto de mentir estableciendo que no debe ser objeto de confusión la existencia de los derechos a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, en el buen ejercicio del derecho de defensa, con una condescendencia absoluta a la mentira; y lo dispone en los siguientes términos: *“(…) no puede concluirse –como hacen los recurrentes- que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir, ni que se trate de derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos, como se llega a sostener en la demanda, que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones vertidas en un proceso, o a la ausencia absoluta de consecuencias derivadas*

⁹² CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de... op. cit.*, pág. 110.

⁹³ CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de... op. cit.*, pág. 111.

de la elección de una determinada estrategia defensiva. Ello no es así ni siquiera en el proceso penal”⁹⁴.

3.6 La voluntariedad como requisito de validez de la confesión:

El TEDH ha declarado que el derecho a la no autoincriminación “presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada”⁹⁵.

En el ordenamiento jurídico español, la LECrim exige en el apartado segundo del art. 389 que en los interrogatorios “Las preguntas serán directas, sin que por ningún concepto puedan hacerse de modo capcioso o sugestivo”, asimismo, en el apartado siguiente dispone “tampoco se podrá emplear con el procesado género alguno de coacción o amenaza”.

Por lo que parece lógico afirmar que la confesión obtenida bajo tortura constituye, de forma incontestable, una prueba prohibida, ergo no puede desplegar efecto alguno, así lo establece la STS 1426/1997, de 17 de noviembre; asimismo, la STS núm. 900/1997, de 23 de junio, establece que también es una prueba prohibida la confesión obtenida bajo hipnosis o sueros de la verdad.

En efecto, la STS 900/1997, de 23 de junio⁹⁶, se pronunció en el sentido literal que “esta Sala, en las Sentencias de 28 de abril de 1992 y 26 noviembre de 1991, ha manifestado que la confesión arrancada mediante torturas hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el artículo 15 de la Constitución, añadiendo que tampoco es admisible cuando la solicitan los propios imputados ya que la dignidad humana y la libertad o autonomía de la voluntad no son negociables”⁹⁷.

De forma muy acertada se pronuncia ASECIO MELLADO que razona afirmando que el fundamento del precepto anteriormente mencionado estriba en la garantía de libertad en clara coherencia con los derechos al silencio y a no declarar contra sí mismo, que quedarían vacíos de contenido.

⁹⁴ STC 142/2009, de 15 de julio.

⁹⁵ SSTEDH de 3 de mayo de 2001, caso J.B. c. Suiza y de 8 abril de 2004, caso Weh c. Austria.

⁹⁶ STS 900/1997, de 23 de junio, [RJ 1997/5975].

⁹⁷ STS 900/1997, de 23 de junio, [RJ 1997/5975]. También visto en: URIARTE VALIENTE, Luis M.ª; FARTO PIAY, T. (2007). *El proceso penal Español: jurisprudencia sistematizada*. Ed. La Ley, Madrid, pág. 380.

El TS no ha vacilado en negar al imputado cualquier tipo de relajación voluntaria de su propio derecho de defensa mediante métodos considerados contrarios a derechos fundamentales personalísimos.

En la STS 8.562/1991, de 26 de noviembre, fijó *“que la confesión arrancada mediante torturas, hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el artículo 15 de la Constitución Española. Pero tampoco es admisible la utilización de estos medios de prueba cuando sean los propios imputados quienes lo soliciten. La dignidad humana no es negociable, tampoco la libertad. El Ordenamiento jurídico, y con él los Tribunales, han de velar por estos valores explícitos en la Constitución. El imputado no puede invitar a que le torturen sus interrogadores ni a que le inyecten fármacos que le sitúen en una posición de carencia de libertad. En ese instante ha perdido su libertad, su dignidad y la propia grandeza del ser humano. Suponiendo, por vía de hipótesis, la posibilidad de una práctica de este tipo de pruebas, si el resultado fuera desfavorable al acusado no sería aceptable porque faltaría la libertad de la declaración y, siendo así, lo procedente es rechazarlo de forma incondicionada.*

La grandeza de la libertad, a la que acaba de hacerse referencia, unida a la dignidad de la persona humana, impide la introducción de estos métodos en la investigación criminal, siendo así sólo factible en el mundo del psicodiagnóstico y de la psicoterapia, basados en el hecho de que la psiquis en estado de adormecimiento, no dominable ya por consiguiente por el sujeto, consecuencia de la introducción de sustancias denominadas narcóticos, se coloca en forma de poder ser explorado con más facilidad y profundidad por la técnica de la investigación psicoanalítica.

Por eso la doctrina científica, en general, entiende que el narcoanálisis y todas sus manifestaciones, dentro de la criminalística, significan un profundo ataque al conjunto psicofísico de la persona y por interrumpir precisamente la actuación del núcleo de la personalidad afecta a la libertad de la persona humana y su aplicación con fines de tomar declaraciones es absolutamente inadmisibles sin consentimiento del sujeto, pero que incluso con su consentimiento un interrogatorio en estado crepuscular no sería una declaración en sentido procesal porque faltarían los presupuestos indispensables para ser tenida en cuenta, como ya se dijo, independientemente de que las respuestas dadas en dicho estado crepuscular ni siquiera se corresponden siempre con la verdad objetiva, sino con representaciones de la capa profunda de la personalidad”⁹⁸.

⁹⁸ STS 8.562/1991, de 26 de noviembre, [RJ 1991/8562].

No puedo estar más de acuerdo con el pronunciamiento extraído de la sentencia. Supondría un atentado contra la dignidad y libertad humana que se admitieran las pruebas obtenidas gracias a torturas (aspecto que he dejado claro con anterioridad), hipnosis o sueros de la verdad. Suficiente valor se le da al requisito de voluntariedad en la confesión del sospechoso, como para que se admitan mecanismos de esta índole; descartando también sin duda alguna, los supuestos en los que el uso de estos métodos se deba a la invitación por parte del investigado. La dignidad humana y su libertad son innegociables.

Asimismo, la STS núm. 304/2008, de 5 de junio, en su FJ1 afirmó que “*dentro de los métodos coercitivos o de compulsión se encuentran no solo la amenaza, la coacción directa o el empleo de violencia en la obtención de una confesión, sino también cualquier medio que suponga una coacción o compulsión, incluso jurídica, en el sentido de contraposición de consecuencias jurídicas gravosas contra los intereses jurídicos de la persona acusada por el solo hecho de no colaborar con la actuación investigadora de las autoridades*”⁹⁹.

ASENCIO MELLADO¹⁰⁰ ha realizado una clasificación de los métodos de interrogatorio que han de reputarse como prohibidos, agrupándolos en tres bloques:

- a) Medios que influyen psíquicamente en el sujeto y que afectan bien a su voluntad, o bien a su facultad de comprensión o a su memoria.
- b) Medios que inciden físicamente en el sujeto y que afectan a su voluntad en sentido amplio.
- c) Medios de carácter técnico, químico o psiquiátrico que afectan a la voluntad del sujeto.

La consecuencia necesaria del empleo de tales métodos suele ser su consideración como prueba prohibida por su afectación al derecho fundamental a la libre declaración y a no confesarse culpable, y, corolario de lo anterior, su “inutilizabilidad” (art 11 LOPJ).

4. LA CONFESIÓN COMO FRUTO DE UN ARBOL ENVENENADO.

“Una verdad obtenida sin sujeción a las leyes y a los derechos fundamentales distaría considerablemente de ser justicia”¹⁰¹

⁹⁹ STS 304/2008, de 5 de junio, [RJ 2008/3247].

¹⁰⁰ ASENCIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida...*, op. cit., págs. 129 a 132.

Remitiéndome a lo expuesto hasta el momento, y en sintonía con el enunciado de MUÑOZ CARRASCO, parece evidenciarse que “*los derechos fundamentales no son absolutos*”¹⁰² y como tal, el derecho al uso de los medios de prueba, previsto en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, no es una excepción.

Por ende, la necesidad de exclusión de un elemento de prueba ilícito es una de las máximas garantías del sistema constitucional Español. No considero excesivo afirmar que “*no puede darse un auténtico Estado de Derecho sin que la justicia material sea obtenida por justos cauces*”¹⁰³, cuestión que colisionaría bruscamente con un juicio emitido a raíz de pruebas ilícitas.

Sin ánimo de repetirme con lo expuesto en los anteriormente, tal y como establece la regla de exclusión, me parece lógica la afirmación que toda prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental ha de ser expulsada lo antes posible, ya que a pesar que el fin último del proceso penal en España sea la búsqueda de la verdad material, esta no puede alcanzarse de cualquier forma.

A raíz de la regla de exclusión, se generó un extenso debate acerca de hasta donde llegaba el efecto generado por la prueba ilícita que, del mismo modo que dicha teoría, su solución llegó desde el otro lado del Océano Atlántico.

En 1920, el Caso *Silverthorne Lumber Co. V. United States*, la Corte Suprema Norte Americana sostuvo por primera vez que la excusión de fuentes de prueba debía alcanzar no únicamente la prohibición de utilización directa, sino que también a los frutos fuente de prueba ilícitamente obtenida, lo que se conoce como eficacia refleja de la prueba ilícita, el mismo tribunal se pronunció en los siguientes términos:

*“The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that no merely evidence so acquired shall not be used before the Court but that shall not be used at all”*¹⁰⁴.

En España la STC 85/1994, de 14 de marzo¹⁰⁵, fue pionera en lo que a la eficacia refleja de las pruebas ilícitas se refiere. Es un caso en el que se ordenaron unas intervenciones telefónicas, gracias a las cuales la policía pudo tener certeza del lugar donde se iba a recoger

¹⁰¹ MUÑOZ CARRASCO, P. (2019). Análisis actual de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal español. *Revista Aranzadi Doctrinal* (núm. 1), págs. 1-11. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6771665>.

¹⁰² MUÑOZ CARRASCO, P. (2019). Análisis actual de... *op., cit.*, págs. 1-11

¹⁰³ MUÑOZ CARRASCO, P. (2019). Análisis actual de... *op., cit.*, págs. 1-11

¹⁰⁴ *Silverthorne Lumber Co., Inc. V. United States*, 251 U.S. 385 (1920). Recuperado de: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/251/385>.

¹⁰⁵ STC 85/1994, de 14 de marzo.

droga y así proceder a su ocupación y la detención del portador. El tribunal considero que las intervenciones efectuadas fueron ilegítimas, ya que se ordenaron mediante una “*simple providencia ayuna de toda motivación*”¹⁰⁶, a la que siguieron un conjunto de prórrogas sin resolución judicial alguna que las sustentara. El propio TC expuso que “*la motivación no es sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos*”¹⁰⁷, ergo la intervención en cuestión había vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones, derecho fundamental protegido constitucionalmente en el apartado tercero del art. 18. Asimismo, una vez admitida la violación del derecho fundamental a través de dichas escuchas telefónicas ilícitas, por tanto nulas, la obtención de la droga obtenida gracias a las escuchas, que fue considerada prueba de cargo, no podía surgir efecto alguno al tratarse de una prueba indirectamente obtenida de la primera. Por tanto, se habría vulnerado el derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

De este modo el TC introdujo la teoría de los frutos del árbol envenenado en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, las fuentes de prueba susceptibles de ser consideradas reflejas al venir precedidas de la obtención inconstitucional de otras, merced de las cuales han aflorado aquellas.

En la misma línea, la STS 974/1997, de 4 de julio, en su FJ2 se pronunció al respecto esclareciendo el fundamento de la exclusión de la prueba refleja, y afirmó de forma contundente que “*El art. 11.1 de la LOPJ dispone que “En todo tipo de procedimiento 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”). Como señalan las sentencias de esta Sala nº 448/97 de 4 de Marzo y nº 472 /97, de 14 de Abril, la prohibición alcanza tanto la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o deriven 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.”*¹⁰⁸.

En mi opinión, carecería de sentido declarar la nulidad de las pruebas obtenidas directamente de una prueba ilícita y mantener la eficacia de aquellas que hayan sido obtenidas de forma indirecta. A mi pesar, supondría un intento fallido de protección de los derechos fundamentales, así como una ventaja discutible a favor de los agentes de investigación.

¹⁰⁶ STC 85/1994.

¹⁰⁷ STC 85/1994.

¹⁰⁸ STS 974/1997, de 4 de julio, [RJ 1997/6008].

Del mismo modo, aunque de forma más actualizada, la STS 1.203/2002, de 18 de julio, en su FJ2 estableció que este efecto expansivo resultó imprescindible pues “*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, acabarían surtiendo efecto en el proceso*”¹⁰⁹, motivo por el que optó por declarar nulas todas las pruebas que de forma directa o indirecta derivaran de una prueba ilícita. En honor al motivo que da nombre a la teoría, *los frutos del árbol envenenado deben estar y están, jurídicamente contaminados*¹¹⁰.

En contraposición, autores como PASTOR BORGONÓN¹¹¹ fueron muy críticos con el efecto reflejo de la prueba ilícita, éste apoyaba la tesis que la regla de exclusión solo debía alcanzar única y exclusivamente a las pruebas directas, no abarcando las reflejas. El autor afirmaba que la doctrina de los frutos del árbol envenenado implicaba demasiados obstáculos para lograr el fin último del proceso penal, que es la averiguación de la verdad material, asimismo, esta teoría provocaría una cantidad desmesurada de absoluciones derivadas de la anulación de muchos actos de investigación que entorpecería la consecución de este fin.

En efecto, se generó mucha polémica derivada de continuas absoluciones que se produjeron como consecuencia de la aplicación de esta doctrina, por lo que en poco tiempo resultó necesario que la jurisprudencia constitucional y del TS se pronunciara al respecto con el fin de matizar la teoría de la regla de exclusión, limitando el alcance del artículo 11.1 LOPJ. El objetivo último sería el de restringir, en cierta medida, la exclusión de pruebas ilícitas y, especialmente, las indirectamente obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, a través de unas excepciones a la regla, consideradas como factores de corrección, intentaron evitar la potencial impunidad que pueda darse con la aplicación del artículo anteriormente analizado en el Capítulo II del presente trabajo.

Y es en este preciso instante cuando me acerco al punto central de mi presente trabajo, la excepción de la confesión voluntaria del investigado. Como bien señala ALDAY LÓPEZ CABELLO “*esta excepción parte del supuesto que la confesión del imputado, debidamente informado de sus derechos, siempre y cuando sea realizada de manera voluntaria y alejada de*

¹⁰⁹ STS 1.203/2002, de 18 de julio, [RJ 2002/7997] Se pronuncian en el mismo sentido las SSTS 448/1997, de 4 de marzo [RJ 1997/2215]; 472/1997, de 14 de abril [RJ 1997/3524]; 974/1997, de 4 de julio [RJ 1997/6008] y 209/1999, de 17 de febrero, [RJ 1999/865].

¹¹⁰ STS 974/1997, de 4 de julio, [RJ 1997/6008].

¹¹¹ PASTOR BORGONÓN, B. (1986). “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, Justicia (2), pp. 356 y ss. citado en: CAMPANER MUÑOZ, J. *La confesión precedida de... op. cit.*, pág. 36.

toda coacción, es útil a efectos de romper la relación entre la prueba ilícita y la de esta derivada”¹¹².

4.1 El origen de la excepción de la confesión voluntaria del imputado en los Estados Unidos.

Igual que regla de exclusión de la prueba ilícita, así como la teoría de los frutos del árbol envenenado, la excepción de la confesión voluntaria del inculpado es originaria de los Estados Unidos.

ALDAY LÓPEZ¹¹³ y COSTA TORNÉ¹¹⁴, señalan como fuente inspiradora la doctrina establecida por la Suprema Corte Norteamericana en *Oregon vs. Elstad*¹¹⁵.

Esta doctrina, en el contexto norteamericano, parte del caso en el cual no se admitió la validez de la primera confesión del sospechoso practicada sin haber sido informado de su derecho a permanecer en silencio conforme lo exigido en las reglas *Miranda*¹¹⁶, el detenido los dio por renunciados y procedió a redactar una confesión por escrito, por lo que la Corte admitió la validez de la nueva confesión realizada con posterioridad ante la policía, reconociendo entonces, que era suficiente para inhabilitar la cláusula de no autoincriminación contenida en la quinta enmienda a efectos de debilitar el nexo entre la confesión original y la hecha por escrito con posterioridad, a pesar que la defensa había solicitado la exclusión de la segunda, por considerar que el sospechoso no había comprendido el alcance de sus derechos.

De modo muy interesante, ALDAY LÓPEZ menciona que el fundamento de la regla de exclusión objeto de nuestro trabajo, surgió de la distinción entre los contenidos plasmados en la cuarta y quinta enmiendas norteamericanas, el autor afirma que *“mientras la cuarta enmienda supone la necesidad de aplicación extensiva de la doctrina de los frutos del árbol envenenado tras la obtención ilícita de un elemento probatorio, la quinta enmienda prohíbe la utilización del testimonio de un imputado únicamente en los casos en que este haya sido obtenido bajo coerción o algún otro elemento intimidatorio. Así, mientras que la regla de exclusión que se desprende del contenido de la quinta enmienda y el derecho a no autoincriminarse exige que el*

¹¹² ALDAY LÓPEZ CABELLO, F. (2018). *La regla de exclusión...*, op. cit., pág. 152.

¹¹³ ALDAY LÓPEZ CABELLO, F. (2018). *La regla de exclusión...*, op. cit., pág. 152.

¹¹⁴ COSTA TORNÉ, M. C. (2012). La prueba ilícita por violación de Derechos Fundamentales y sus excepciones. *Revista de Derecho UNED*, núm. 11. Recuperado de: <https://doi.org/10.5944/rduned.11.2012.11128>.

¹¹⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos: *Oregon vs. Elstad*, 470 US (1985).

¹¹⁶ Las reglas *Miranda* (*Miranda warnings*) indican que, cuando alguien es arrestado en los EE.UU., los oficiales de policía deben advertir al detenido que tiene derecho a guardar silencio, que cualquier cosa que diga puede ser usada en su contra en un tribunal de justicia, que tiene el derecho de contactar un abogado y que si no puede pagar uno, se le proporcionará antes de cualquier interrogatorio, si así lo desea. La falta de emisión de la advertencia *Miranda* hace que la evidencia así obtenida no sea admisible en el tribunal. La advertencia se convirtió en un requisito de la policía nacional cuando lo ordenó la Corte Suprema de los EE.UU. en el caso *Miranda* contra *Arizona* en 1966.

testimonio realizado sin conocimiento de los derechos Miranda sea excluido, poco puede hacer para impedir la utilización de confesiones o manifestaciones voluntarias por parte del imputado sólo por el hecho de que este renuncia o desconoce sus derechos."¹¹⁷.

A diferencia de los autores anteriores CAMPANER MUÑOZ ¹¹⁸ afirma que el caso que dio a conocer esta excepción fue *Wong Sun et Al. V. United States*¹¹⁹. En este supuesto la Corte Suprema norteamericana excluyó todas las evidencias y manifestaciones de los imputados que se dieron tanto antes como después de sus detenciones y registros, el argumento que expuso, fue que habían sido obtenidas con ocasión de registros domiciliarios sin autorización judicial y detenciones ilegales. No obstante, el expresado Tribunal, decidió admitir la validez de la declaración policial de uno de los detenidos, concretamente *Wong Sung*, este tras ser puesto en libertad y pasados unos días, compareció nuevamente y de forma voluntaria en las dependencias policiales y, tras haber sido informado de sus derechos *Miranda*, llevó a cabo una declaración inculpativa. La Corte, para considerar la confesión como válida, enfatizó en su voluntariedad, así como el hecho que el sospechoso había sido instruido de sus derechos, llegando a la conclusión que la confesión constituyó un "*acto independiente sanador*"¹²⁰ afirmando que:

*"The connection between the arrest and the statement had become so attenuated as to dissipate the taint"*¹²¹.

Unos años más tarde la Corte Suprema norteamericana resolvió otro caso en el mismo sentido, el caso *Brown v. Illinois*¹²² en el que un sospechoso de asesinato fue condenado debido a su confesión. Él, a pesar de haber sido detenido ilegalmente, fue interrogado con todas las exigencias legales, incluida la ilustración de derechos conforme a las reglas *Miranda*. El Tribunal de Instancia determinó, junto con otros elementos de cargo practicados en juicio oral, la condena del acusado, ya que consideró que la instrucción de derechos fue suficiente para olvidar la violación originaria, es decir, la detención ilegal. En sentido contrario se pronunció la Corte Suprema que decidió anular la condena al considerar del todo insuficiente la mera instrucción de derechos para desligar la confesión de la violación inicial, siendo esta última la que posibilitó la confesión del sospechoso mientras se encontraba detenido.

¹¹⁷ ALDAY LÓPEZ CABELLO, F. (2018). *La regla de exclusión...*, op. cit., págs. 152-153.

¹¹⁸ CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de...* op. cit., pág. 87.

¹¹⁹ *Wong Sun et Al. V. United States*. 371 U.S. 471 (1963).

¹²⁰ CAMPANER MUÑOZ, J. (2015), *La confesión precedida de...* op. cit., pág. 88.

¹²¹ *Wong Sun et Al. V. United States*. 371 U.S. 471 (1963) y significa: La conexión entre el arresto y la declaración se ha atenuado tanto como para disipar la mancha.

¹²² *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975).

FIDALGO GALLARDO¹²³, en relación a los pronunciamientos jurisprudenciales norteamericanos, ha establecido unos factores que nos ayudan a determinar cuándo se entenderá que la conexión ha sido atenuada como para que la prueba (en nuestro caso, la confesión) derivada de una prueba ilícita sea admisible. Y estos son los siguientes.

El primer lugar, hace especial referencia al elemento temporal, esto es, el tiempo transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas. Cuanto mayor sea el lapso temporal entre las dos, más posible es que los tribunales consideren la inaplicación de la regla de exclusión. Seguidamente, otro punto importante fija su atención en los acontecimientos dados durante este lapso de tiempo. Igual que la anterior, cuantos más sean los hechos acontecidos entre la prueba originaria (ilegal) y las que deriven de esta, menor será la afectación de la ilicitud en algunas de las pruebas derivadas. En tercer lugar, la gravedad de la violación originaria, siendo la menos grave la aceptada por los Tribunales para romper la regla de exclusión y aceptar la admisibilidad de las pruebas derivadas. Es decir, cuanto más grave sea la violación originaria, más difícil será que el Tribunal declare saneado el nexo que existe entre ambas. Finalmente, destaca que la naturaleza de la prueba derivada también puede influir en la disipación de la originaria.

Entre los factores mencionados, CAMPANER MUÑOZ¹²⁴ afirma que uno de los criterios a los que recurre la doctrina jurisprudencial española a la hora de decidir si la confesión precedida de prueba ilícita constituye o no una fuente de prueba que pueda surtir efectos o, más avanzado el proceso, una prueba de cargo valorable por el Juez o Tribunal sentenciador es, ni más ni menos, la separación temporal existente entre la prueba originaria ilícita y la derivada, en el caso que nos concierne, la confesión.

4.2 El tratamiento de la excepción de la confesión voluntaria del inculpado por parte de la jurisprudencia española.

Antes de centrarme a analizar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la Sala Segunda del Tribunal Supremo, considero interesante mencionar que algunos autores consideran erróneo el hecho de atribuir a la confesión voluntaria del inculpado objeto de estudio el atributo de “excepción”.

En efecto, autores como CAMPANER MUÑOZ afirman que, “*la jurisprudencia española hasta donde alcanzamos, ha tratado y aplicado la confesión precedida de prueba ilícita como*

¹²³ FIDALGO GALLARDO, C., *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pág. 438. Citado en: CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de... op. cit.*, págs. 88 y ss.

¹²⁴ CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de... op. cit.*, pág. 94.

*una excepción autónoma, sin percatarse de que constituye una especie (con mucho, la más importante desde el punto de vista cuantitativo) del nexa causal atenuado*¹²⁵.

De forma muy superficial, la excepción del nexa causal atenuado parte de la asunción por parte del Juez o Tribunal de la existencia de un nexa de causalidad entre la prueba ilícita y la refleja, pero este nexa se presenta tan debilitado que permite la utilización en el proceso de la prueba derivada. En efecto, parece haber una similitud muy considerable entre la excepción de la confesión voluntaria del inculpado y la excepción ahora mencionada, sin entrar a profundizar en el tema, los requisitos expuestos por FIDALGO GALLARDO enfocados a reconocer la validez de la confesión, apuntan considerablemente a demostrar una atenuación de la relación existente entre la prueba ilícita y la confesión refleja, ergo es muy parecido a lo que se pretende con la excepción del nexa causal atenuado. Aun así, considero que concurren algunos aspectos muy interesantes, característicos únicamente de la excepción de la confesión voluntaria que hace que algunos la consideren independiente de las demás.

MIRANDA ESTRAMPES afirma que esta excepción es en realidad, igual que la excepción del nexa causal atenuado, una variante de la excepción de la fuente independiente. A grandes rasgos, esta excepción se da en aquellos casos en los que la prueba supuestamente proveniente de la prueba ilícita es admisible si se demuestra que la prueba derivada fue obtenida por un medio legal independiente concurrente, es decir, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita. A diferencia de la tesis anterior, no distingo tantas similitudes entre ambas excepciones. Por un lado, comparto la posibilidad que en algunos supuestos, una prueba considerada refleja de una ilícita, en realidad haya sido obtenida a través de una fuente independiente; ello no indica, por otro lado, que en los supuestos en que no pueda aplicarse esta opción (por constar efectivamente que ha sido obtenida a raíz de la ilícita), no pueda darse la atenuación del nexa que las une.

Sin más dilación, a pesar de las opiniones doctrinales expuestas, del mismo modo como la jurisprudencia trata dicha excepción de la confesión voluntaria del inculpado, he decidido analizarla como si se tratara de una excepción autónoma e independiente de las demás.

4.2.1. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*

“Esta excepción fue admitida por primera vez en la STC núm. 86/1995, de 6 de junio, momento a partir del cual fue recogida, entre otras, por las SSTC núm. 161/1999, de 27 de septiembre, 239/1999, de 20 de diciembre, y 8/2000, de 17 de enero, dándose ya por supuesta y,

¹²⁵ CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de... op. cit.*, pág. 94.

*por ello aplicándose sin necesidad de justificación, en las más recientes SSTC núm. 136/2006, de 8 de mayo, 99/2009, de 20 de abril, o 128/2011, de 18 de julio.”*¹²⁶

A partir de la STC 86/1995, de 6 de junio¹²⁷, se abordó la existencia de esta “nueva” excepción a la aplicación de la regla de exclusión ilícita. De esta sentencia se desprende el supuesto en el que el imputado declaró de forma autoincriminatoria tras ser detenido gracias a unas intervenciones telefónicas (ilícitas) efectuadas sin mandamiento judicial, lo que implicaría vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones previsto en el artículo 18.3 de la CE. En este supuesto el TC a pesar de reconocer la vulneración al derecho constitucional, extendió que, sin perjuicio de ello, existía prueba de cargo suficiente, no vinculada a la intervención telefónica, consistente en la confesión de uno de los coacusados.

En efecto, de esta se desprende que en el supuesto *“que la confesión del imputado, debidamente informado de sus derechos, siempre y cuando sea realizada de manera voluntaria y alejada de toda coacción, es útil a efectos de romper la relación entre la prueba ilícita y la de esta derivada”*¹²⁸.

Asimismo, en la STC 161/1999, de 27 de septiembre¹²⁹, se otorgó validez a la confesión voluntaria del investigado que, a raíz de la realización de una entrada y registro en su domicilio, en el cual se encontraron los efectos del delito que se le imputaba, ante el hallazgo del sospechoso confesó, sin ser consciente que la autorización judicial no había sido debidamente motivada.

En función de todo lo expuesto en el trabajo hasta el momento, podría parecer lógico afirmar que ambos factores (el hallazgo de los efectos del delito y la posterior confesión), están relacionados, pues, a mi parecer, resulta evidente que de no haberse producido la (ilícita)diligencia de entrada y registro sobre el domicilio del investigado, éste nunca hubiera confesado los hechos que se le imputaban, con lo cual dicha confesión parece ser el resultado directo de la lesión del derecho fundamental, en este caso, la inviolabilidad del domicilio.

Sin embargo, el TC dotó de plena validez y efectividad la confesión, al entender que dicha autoincriminación por su propia naturaleza era independiente de cualquier otra circunstancia, ergo, la misma no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante sino de las condiciones externas y objetivas de su detención.

¹²⁶ CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de...* op. cit., pág. 158 y 159.

¹²⁷ STC 86/1995, de 6 de junio.

¹²⁸ ALDAY LÓPEZ CABELLO, F. (2018). *La regla de exclusión...*, op. cit., pág. 152.

¹²⁹ STC 161/1999, de 27 de septiembre.

El mismo Tribunal estableció unas directrices con el fin de poder determinar acertadamente cuándo estamos ante una verdadera prueba con independencia de la primera y cuando no, dando importancia a los siguientes factores:

- a) que la prueba obtenida, en este caso, la confesión, se rodee de las garantías constitucionales preceptivas en el momento de realizarse y;
- b) que la declaración autoinculpatória sea fruto de la espontaneidad y voluntariedad debidas, dando por superada la conexión causal con la prueba obtenida de forma inconstitucional.

En efecto, el Tribunal Constitucional considera que la *voluntariedad* de la confesión trunca el nexo jurídico con la infracción inicial. En la jurisprudencia emitida, este no niega la existencia de relación de causalidad entre la violación constitucional inicial y la posterior confesión del imputado, aun así sostiene que el respeto de los derechos constitucionales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como el de asistencia letrada, le conducen a dar énfasis en el factor “voluntariedad” de la confesión y, por ende, a considerar que la admisión de la declaración autoinculpatória emitida de forma voluntaria por parte del investigado en el proceso, no constituye una prueba refleja en sentido jurídico.

Algunos autores, discuten este factor de voluntariedad al que el TC viste de tal importancia. Autores como CAMPANER MUÑOZ afirman que, “*no resulta ni mucho menos habitual que alguien confiese de forma voluntaria la comisión de unos hechos delictivos si no tiene constancia de que ha sido descubierto. Y, cuando lo hace tras tener constancia de la obtención del material inculpatório en su contra, parece difícil afirmar que el impacto psicológico del descubrimiento no ha determinado su reconocimiento de hechos*”¹³⁰. Por lo que, debido a este “efecto psicológico” nos sería difícil afirmar que la declaración autoinculpatória es fruto de una voluntariedad ajena de otros factores externos que no están ligados al descubrimiento ilícito del acervo probatorio ilícito.

Asimismo, es innegable el “efecto psicológico” que la prueba ilícita se da no solo sobre el investigado, sino también irradia sobre el juez instructor o juzgador, sobre el resto de partes en el proceso el Ministerio Fiscal. En efecto, sin duda alguna supone una contaminación difícil de contrarrestar, es decir, por mucho que el investigado o acusado decida no confesar e incluso, opte por negar la evidencia, la mayoría de casos, como bien dice MUÑOZ CARRANSCO “*la*

¹³⁰ CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de... op. cit.*, pág. 158.

confesión se producirá no tanto por la voluntad real propia del autor sino por ser la única posibilidad que le quede para poder defenderse en el proceso”¹³¹.

4.2.2. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

Hasta hace unos años, la jurisprudencia del TC expuesta en el apartado anterior resultó mayoritaria en el TS (véanse, por ejemplo, las sentencias de la Sala Segunda, núm. 526/1995, de 7 de abril, 1.131/1997, de 23 de septiembre, 184/2003, de 7 de febrero, y 926/2006, de 6 de octubre). No obstante, en la misma época este último órgano contó con algunas resoluciones contrarias a la jurisprudencia mayoritaria, entre las que destacan las SSTS de 4 de julio de 1997, 1.451/2003¹³², de 26 de noviembre y 403/2005, de 23 de marzo¹³³, resoluciones “*todas ellas que, a no dudar, contribuyeron a que con posterioridad se estableciera en el TS una tesis más garantista que la postulada por el TC, que pervive hoy en día*”.¹³⁴

COSTA TORNÉ¹³⁵ expone el tratamiento que el TS realiza con respecto a la excepción de la confesión voluntaria del investigado, señalando que el mismo ha admitido la utilización de dicha excepción como única prueba para fundar una sentencia condenatoria ante la ilicitud de las restantes. De esta manera es posible entender que la confesión voluntaria del imputado “*al ser prueba válida (...) incorpora al proceso todos aquellos datos probatorios que habían sido obtenidos de manera contraria a los derechos fundamentales, convalidando de esta manera el acto originario ilícito*”¹³⁶

En el mismo sentido que la jurisprudencia del TC se resolvieron SSTS respecto a la valoración de la confesión voluntaria del imputado, ocupándose únicamente, a efectos de considerarla como válida, que la misma haya contado con asistencia jurídica.

En efecto, cierta jurisprudencia de TS ha restringido la aplicación de la excepción de confesión voluntaria del inculcado a aquellos casos en los cuales la misma no suponga un aprovechamiento ilegítimo de la conculcación de un derecho fundamental. De esta manera y tal y como expone ALDAY LÓPEZ, “*la jurisprudencia ha admitido la ruptura del nexo jurídico y, por tanto, la validez de la declaración autoinculpatoria por considerarse prueba independiente en dos supuestos similares:*

¹³¹ MUÑOZ CARRASCO, P. (2019). Análisis actual de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal español. *Revista Aranzadi Doctrinal* (num. 1), págs. 1-11.

¹³² STS 1.451/2003, de 6 de noviembre, [RJ 2003/9491].

¹³³ STS 403/2005, de 23 de marzo, [RJ 2005/3574].

¹³⁴ CAMPANER MUÑOZ, J. *La confesión precedida de... op. cit.*, pág. 60.

¹³⁵ COSTA TORNÉ, M. C. (2012). La prueba ilícita... *op. cit.*, pág. 151.

¹³⁶ ALDAY LÓPEZ CABELLO, F. (2018). *La regla de exclusión...*, *op. cit.*, pág. 154

- a) *Cuando la confesión autoinculpatória se ha producido con posterioridad a que el Juez haya declarado la nulidad de la diligencia inconstitucional, sea cual fuere la fase procesal en la que suceda. En este caso, la declaración judicial de nulidad rompería el nexo jurídico. En este sentido, resulta muy ilustrativa la STS núm. 369/1999, de 13 de marzo. No obstante, no resulta no mucho menos frecuente que la nulidad se declare con anterioridad a la declaración del imputado o acusado, sino en sentencia, de tal modo que esta ruptura jurídica resulta más bien poco común en la práctica.*
- b) *Cuando resulte acreditado que la confesión autoinculpatória se produce por un imputado consciente de la eventual anulación de la diligencia en cuestión y sus resultados, por ser inconstitucional. Este supuesto es el que se trata en las SSTS núm. 1.057/2002, de 3 junio, 1.451/2003 de 26 noviembre, así como en la STS núm. 370/2008, de 19 junio.*¹³⁷

*“Esta perspectiva habilitante de la prueba ilícita tiene algunas posiciones contrarias en el interior del propio TS”*¹³⁸. El ejemplo más claro de esta perspectiva detractora y el más comentado por la mayoría de autores proviene del voto particular emitido en la STS 1/2006, de 9 de enero¹³⁹ (plasmado nuevamente en el voto particular contenido en la STS 912/2013, de 4 de diciembre¹⁴⁰) por el Magistrado PERFECTO ANDRÉS IBAÑEZ. Este autor critica de forma contundente la figura de la conexión de antijuridicidad y, de manera más específica, a la aplicación de la doctrina en la validación de la prueba ilícita indirectamente obtenida, como resultaría la confesión de un imputado.

Vale la pena reproducir íntegramente el apartado cuarto del Voto Particular contenido en la sentencia mencionada:

“En este contexto de interacción del art. 24 CE y el art. 11,1 LOPJ, su corolario, la idea de que la confesión autoinculpatória, que es mera aceptación de lo conocido a través de una intervención connotada de radical ilegitimidad constitucional, carecería de relación con ésta, sólo por haberse producido conforme a las exigencias formal-legales de la declaración del imputado en el juicio, es argumentalmente falaz, por varias razones:

1ª. Porque la observancia de esas exigencias de tutela del declarante tienen un efecto actual, es decir, en el acto concreto, pero no retroactúa sobre la naturaleza de los antecedentes o presupuestos, extraprocesales o procesales, de la propia declaración.

¹³⁷ CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de...* op. cit., págs. 160-161.

¹³⁸ ALDAY LÓPEZ CABELLO, F. (2018). *La regla de exclusión...*, op. cit., pág. 155

¹³⁹ STS 1/2006, de 9 de enero, [RJ 2006/3330].

¹⁴⁰ STS 912/2013, de 4 de diciembre [2013/7913].

2ª. Porque no está al alcance del declarante ni de ningún tribunal -de nadie, por tanto- convertir lo inconstitucionalmente ilegítimo en legítimo en un ejercicio de prestidigitación jurídica.

3ª. Porque -como es el caso- visto el propósito del confesante de eludir la condena defendiéndose en el juicio y luego recurriendo la sentencia, sólo cabe concluir que actuó según lo hizo por pura ignorancia del contexto procesal en el que se producían sus manifestaciones. Lo que, sin duda, sugiere un déficit objetivo de defensa, por falta de prevención frente a una pregunta del Fiscal que, a tenor del marco, fue claramente capciosa (art. 709 LECrim.).

Y, saliendo al paso de una objeción -que no se sostiene, pero- que recurre en algunos discursos, debo afirmar que con este planteamiento no se priva al hipotético culpable arrepentido del derecho a realizar voluntariamente un acto rasgado de catarsis, porque este derecho no existe como tal, y el inculpado no dispone del proceso. Incluso, ante el supuesto improbable de una persona con tal pretensión, diré que, ciertamente, estaría errando de tribunal, al usar a uno de los del estado para ese personalísimo y poco jurídico modo de confesar, en realidad confesarse. Y conviene reparar en que aquí lo legal y constitucionalmente improcedente no es (sólo) la confesión, sino, antes, el interrogatorio mismo, teñido de objetiva ilegitimidad en sus presupuestos, que ya eran inutilizables.

Por lo demás, es también de una llamativa obviedad que no hay el más mínimo apunte de contradicción entre la actitud jurisdiccional consistente en admitir la eventual utilización como prueba de cargo de lo aportado mediante confesión por el propio acusado en un proceso limpio; y la que se expresa en la decisión de rechazar («ex» art. 11,1 LOPJ) la confesión obtenida a partir de la utilización de datos viciados de ilegitimidad constitucional en su origen. La patente diversidad esencial de las situaciones de partida y la incidencia de ese precepto, hace que la diferencia de tratamiento de los elementos de juicio en uno y otro caso se encuentre plenamente justificada. Mejor: es la constitucional y legalmente debida”.

Y finaliza diciendo “Hay una última consideración que, aunque se mueva en un ámbito distinto de las precedentes, no deja de ser importante. Es que, vigente el art. 11,1 LOPJ , cuando se excluye su aplicación mediante interpretaciones tan forzadas como la que se expresa en la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad, por la sola razón pragmática de evitar situaciones concretas de impunidad, se pierde de vista que, al mismo tiempo, se otorga un marchamo de regularidad constitucional y legal a actuaciones policiales y judiciales de escasa o ninguna profesionalidad, que objetivamente no lo merecen. Lo que equivale a estimular su reiteración y a difundir por vía jurisprudencial un mensaje demoledor en el plano de la cultura

*de jueces y policías: que puede valer igual lo mal hecho que lo realizado con rigurosa observancia de las normas dadas en garantía de los derechos fundamentales*¹⁴¹.

El Magistrado se muestra muy crítico con el hecho que pueda declararse la eficacia de una declaración obtenida a raíz de unas intervenciones revestidas de dudosa legitimidad constitucional, por el simple hecho de haber sido introducidas en el juicio oral con las debidas exigencias formales y legales. Considera impensable el efecto retroactivo y sanador que intenta atribuirse a estas actuaciones posteriores.

La tesis que sostiene el Magistrado parte de una interpretación absolutamente literal del artículo 11.1 de la LOPJ. Consiguientemente, se descalifican todos los efectos directos e indirectos que puedan extraerse de las pruebas obtenidas ilegítimamente. Es más, lo hace de forma tan radical que la contaminación que supone la ilicitud se extendería a los efectos jurídicos y naturales que pueda producir. Por ello, considera que el hecho que se introduzcan interpretaciones tan forzadas cuyo objetivo sea el de excluir la aplicación efectiva del artículo 11.1 LOPJ, es ni más ni menos, por evitar las numerosas absoluciones que derivarían de ello. Sin darse cuenta que, la consecuencia real, además de inevitable, no es más que el inicio de una cadena de actuaciones policiales poco profesionales, revestidas de dudosa permisibilidad legal.

Finalmente, se ha consolidado en el TS una jurisprudencia que según afirma CAMPANER MUÑOZ puede denominarse “*moderada*”¹⁴² o intermedia, en el sentido de no identificarse no con el extremo garantista que representa la línea capitaneada por el Magistrado ANDRÉS IBAÑEZ ni con tan genérica como artificial tesis sostenida por el TC.

Muy interesante al respecto la STS 316/2011, de 6 de abril¹⁴³, recapitula los pilares básicos establecidos en la jurisprudencia del TS, ya que matiza la doctrina constitucional de la desconexión de antijuridicidad en los supuestos de reconocimiento de los hechos por parte del imputado. En primer lugar el TS se limita a recordar y asumir la tesis del TC expuesta anteriormente sobre los condicionantes de la validez de la confesión, haciendo alusión al hecho que la declaración del inculpado debe practicarse voluntariamente ante el Juez previa información de sus derechos constitucionales y, en particular, del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, con posibilidad de guardar silencio o de no contestar a alguna o algunas de las preguntas que le formulan, así como que el imputado debe de estar debidamente asistido de Letrado. En segundo lugar, el TS introduce como plus garantista un seguido de exigencias que se añaden a las precedentes:

¹⁴¹ SSTS núm. 1/2006, de 9 de enero [RJ 2006/3330]; 654/2012, de 20 de julio, [RJ 2012/8403]; 912/2013, de 4 de diciembre [RJ 2013/7913].

¹⁴² CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de...* op. cit., pág. 186.

¹⁴³ STS 316/2011, de 6 de abril, [RJ 2011/3339].

- 1) Que cuando se preste la declaración en que se admiten los hechos no se halle vigente el secreto de las actuaciones, en cuanto que ello limitaría notablemente el derecho de defensa. Se pronuncia en este sentido la STS 594/2012, de 5 de julio.
- 2) Que no se trate de declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho punible descubierto mediante la diligencia o actuación procesal que luego se declara constitucionalmente ilícita. Ergo, se exige cierto distanciamiento por lo que al aspecto temporal se refiere entre la fecha de la acción delictiva, así como su detención, y la admisión por el imputado de la ejecución del hecho delictivo, a fin de garantizar la real espontaneidad y, sobretodo, la voluntariedad de la declaración autoinculpatoria.

En la misma línea, COSTA TORNÉ afirma que en la actualidad el criterio que sigue el TS es el de “*comprobar si el imputado debidamente informado participa libremente y debidamente asesorado*”¹⁴⁴. Y sigue diciendo que se debe prestar mucha atención en las condiciones en las que se produjo la confesión inculpativa, en orden a verificar que ella se dio de forma voluntaria y no viciada.

En consonancia con lo anterior se pronuncia MUÑOZ CARRASCO¹⁴⁵ afirmando que en la actualidad, para que la confesión precedida de una diligencia de investigación vulneradora de derechos fundamentales pueda surtir efectos necesariamente han de darse tres requisitos:

- a) Que dicha confesión se preste voluntariamente con todas las garantías constitucionales, esto es, con asistencia letrada, ante la autoridad judicial y tras haber sido informado de los derechos que le asisten;
- b) Que se trate de una confesión informada, es decir que el investigado conozca previamente que la prueba obtenida puede declararse ilícita y por tanto nula, o incluso si ya se ha declarado como tal, y aun así, decida confesar los hechos;
- c) Que dicha confesión sea ratificada en sede de juicio oral.

En este sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS núm. 2/2018, de 9 de enero; 499/2014, de 17 de junio; 912/2013, de 4 de diciembre; 91/2011, de 9 de febrero.

Finalmente y a modo de conclusión, una vez analizada la jurisprudencia de ambos tribunales, me parece muy acertada la afirmación que hace LOZANO EIRONA¹⁴⁶ resumiendo

¹⁴⁴ RODRIGUEZ LAINZ, J.L. (2005). La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida, ed. Bosch, Barcelona, pág. 60. Citado en: COSTA TORNÉ, M. C. (2012). La prueba ilícita... *op. cit.*, pág. 151.

¹⁴⁵ MUÑOZ CARRASCO, P. (2019). Análisis actual... *op. cit.*, pág. 6.

ambas tesis, en pocas palabras, refiriéndose a la del TC como la de la confesión “*voluntaria*¹⁴⁷” del inculpado, mientras que ha resumido las exigencias del TS haciendo énfasis en el carácter “*informado*¹⁴⁸” de la confesión.

¹⁴⁶ LOZANO EIROA, M., (2012). Prueba prohibida y confesión: la excepción de la conexión de antijuridicidad. *Revista General de Derecho Procesal*, 28, Iustel, págs. 10 y ss. Citado en: CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de... op. cit.*, pág. 168.

¹⁴⁷ Concepto utilizado por el autor poniendo el acento en el carácter “voluntario” que debe revertir la declaración del investigado en el momento de la confesión autoinculpatoria.

¹⁴⁸ Con este concepto el autor pretende destacar la necesidad que el investigado sea conocedor, antes de realizar la confesión, que la prueba obtenida puede ser declarada ilícita y por ende nula.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA

A mi entender, el fin último de todo proceso penal es la búsqueda de la verdad material. Esto no implica que su consecución sea la excusa a múltiples intromisiones ilegítimas que supongan una vulneración de los derechos protegidos constitucionalmente. Por ello, a fin de proteger la posición preeminente de los derechos fundamentales resultó necesario establecer unos límites en la investigación penal; conflicto que se intentó resolver mediante la redacción del artículo 11.1 de la LOPJ.

Aunque muchos autores compartan la idea que la regla de exclusión contenida en este artículo debería proteger las violaciones de derechos fundamentales y no fundamentales (interpretación extensiva), si nos centramos en literalidad de la redacción dada del art. 11.1 de la LOPJ “*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales*”, esta disposición es suficientemente clara como para entender que debe comprender exclusivamente la violación de derechos fundamentales, esto es la interpretación restrictiva del precepto.

En efecto, considero que no sería viable, mediante la aplicación del artículo, declarar la nulidad de cualquier fuente de prueba obtenida mediante la vulneración de cualquier tipo de derecho. Teniendo en cuenta su eficacia refleja, supondría un impedimento considerable del fin pretendido del proceso penal.

SEGUNDA

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 11.1 de la LOPJ, no existe un criterio exacto para su aplicación. En principio, la función que correspondería a los jueces y tribunales sería únicamente, determinar la existencia o no de violación de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba, así como a pronunciarse acerca de la relación de causalidad existente entre la violación originaria y la derivada de ella.

Para muchos, esta aplicación tan contundente podría considerarse como una sobreprotección al delincuente, hecho que generó mucha polémica relativa a los efectos que debía tener la aplicación del precepto. Consiguientemente, la jurisprudencia del TC y TS tomó las riendas a fin de reducir el dudoso impacto de su aplicación, y lo hizo mediante la creación de un conjunto de excepciones con las que pretendían declarar la eficacia de algunas pruebas, sobre todo las obtenidas indirectamente, desvinculándolas de la ilicitud originaria.

Con ello, la jurisprudencia se centró en buscar el equilibrio entre el fin pretendido, la búsqueda de la verdad material, y los límites establecidos, la protección de los derechos fundamentales.

TERCERA

Con carácter general, la confesión no es prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Aun así, la jurisprudencia del TS se ha ocupado de matizar esta afirmación distinguiendo, entre la prueba de la existencia de delito y la prueba de autoría, concluyendo que únicamente la segunda puede ser probada exclusivamente por la confesión.

CUARTA

La tensión entre el respeto a los derechos fundamentales y la voluntad de perseguir eficazmente los delitos se pone de manifiesto cuando se aborda el problema de la confesión precedida de violación de derechos del investigado; que constituye una de las excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado. A mi pesar, la creación de esta excepción, ha constituido la fórmula más “cómoda” de desvincular una actuación ilegítima de la confesión “voluntaria” posterior, la que muy probablemente se haya dado a raíz de un acto desesperado del detenido rendido ante la evidencia física del hallazgo.

QUINTA

Igual que muchos autores, a pesar de no haber reparado mucho en ello, considero que la excepción de la confesión voluntaria del inculpado es una especie de la más genérica excepción del nexo causal atenuado. A pesar de las particularidades que pueda tener la excepción de la confesión voluntaria, la jurisprudencia del TC y del TS han admitido en su práctica, la ruptura del nexo jurídico que desvincula la prueba originaria de la confesión posterior.

El TC considera que es la *voluntariedad* de la confesión lo que trunca el nexo jurídico con la infracción inicial, a mi pesar, una tesis demasiado garantista; no obstante, de forma más acertada el TS considera que la ruptura del nexo de causalidad se da en el *carácter informado* de la dicha confesión.

SEXTA

En definitiva, concluyo que la redacción del artículo 11.1 de la LOPJ supone un intento fallido de protección de los derechos y libertades constitucionales. No niego que la falta de precisión dada por el precepto ha dado rienda suelta a la jurisprudencia en cuanto a su aplicación. A pesar de esto, no es menos cierto que tanto el TC como el TS han utilizado esta excepción para decantar la balanza de la justicia a su conveniencia, dando más importancia a la búsqueda de la verdad material que a la protección eficaz de los derechos fundamentales.

6. BIBLIOGRAFIA

Bibliografía

ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M. (2012). *La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España: perfiles jurisprudenciales comparativos* (Tesis Doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, Catalunya), pág. 268-272. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10803/97362>.

ALDAY LÓPEZ CABELLO, F. (2018) *La regla de exclusión de la prueba ilícita en España, estudio comparado con la actualidad mexicana*. (Tesis Doctoral, Universidad de Girona, Catalunya). Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10803/659086>.

ARMENTA DEU, T. (2005). *Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español*. XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. IV: Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación. GOMEZ LARA, Cipriano y STORME Marcel. (Coords.) UNAM, México.

ASENCIO MELLADO, J. M. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Tribium, Madrid, 1989.

CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba* (Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid). Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=99040&orden=1&info=link>.

CARNELUTTI, F. (1997). *Las miserias del proceso penal*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. 2ªEd. TEMIS S.A, Santa Fe de Bogotá.

COSTA TORNÉ, M. C. (2012). La prueba ilícita por violación de Derechos Fundamentales y sus excepciones. *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, págs. 137 a 161. Recuperado de: <https://doi.org/10.5944/rduned.11.2012.11128>.

DE URBANO CASTRILLO, E. (1996). *Prueba ilícita en particular (I)*, AA.VV.: *La prueba en el proceso penal II* (Director: JOAQUÍN DELGADO GARCÍA), Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

GONZÁLEZ MONTES, J. L. La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales: el derecho constitucional a la prueba y sus límites. *Revista de derecho procesal*, núm. 1, 1990, págs. 29 a 44.

GUARIGLIA, F. (1996). Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. *Jueces para la democracia*, núm. 26, julio, págs. 76-80. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/174659.pdf>.

HUERTAS MARTÍN, M. I. (1999). *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Ed. J.M. Bosch Editor. Barcelona.

JORGE BARREIRO, A. La prueba ilícita en el proceso penal. *Planes provinciales y territoriales de formación*. CGPJ, 1992. Vol. II.

LAFUENTE SANZ, V. D. (2015). *Análisis jurisprudencial de la declaración autoinculpatória en el proceso penal: aspectos de interés* (Trabajo de Fin de Grado, Universidad Zaragoza, Zaragoza), pág. 4. Recuperado de: <https://zaguan.unizar.es/record/32128/files/TAZ-TFG-2015-436.pdf>.

LÓPEZ FRAGOSO ÁLVAREZ, T. (1991). *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Ed. Colex. Madrid.

MIRANDA ESTAMPES, M. (1999). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Ed. José María Bosch Editor, Barcelona pág. 15-16.

MIRANDA ESTAMPES, M. (mayo 2010) *La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. *Revista Catalana de Seguretat Pública*. Págs. 131-151. Recuperado de: <https://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215>.

MIRANDA ESTRAMPES, M. (2004). *La actividad probatoria en el Proceso penal*, 2ª Ed. Bosch, Barcelona.

MIRANDA ESTRAMPES, M. (2018). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal: Especial referencia a la exclusionary rule estadounidense*. Ed. UBIJUS, pág. 111-112.

MITTEMAIER, C. J. A. (1979). *Tratado de la prueba en materia criminal*. Adicionada y puesta al día por Pedro Aragonés Alonso. 10ª Ed. Reus, Madrid.

MUÑOZ CARRASCO, P. (2019). Análisis actual de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal español. *Revista Aranzadi Doctrinal* (núm. 1), págs. 1-11. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6771665>.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. (2015). *El derecho a no inculparse*. Ed. Aranzadi S.A., Pamplona.

PICÓ JUNOY, J. (1997). Nuevas perspectivas sobre el alcance anulador de las pruebas ilícitas. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (núm. 1), págs. 1871-1879. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=74747>.

PISFIL FLORES, D. A. (2018). *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal: Fundamento constitucional, doctrina jurisprudencial y posibles excepciones*. Ed. Editores del Centro, Lima.

PLANCHAT TERUEL, J. M. (2010). *Prueba ilícita: Fundamento y tratamiento*, AA. VV.: *Estudios sobre la prueba penal (I): Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*. (Directores: XAVIER ABEL LLUCH y MANUEL RICHARD GONZÁLEZ), Ed. La Ley, Madrid.

PUERTA LUIS, L. R. (1995). *La prueba en el proceso penal*. La prueba en el proceso penal. *Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, (nº 24), 47-80. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1706461.pdf>.

URIARTE VALIENTE, L. M.; FARTO PIAY, T. (2007). *El proceso penal Español: jurisprudencia sistematizada*. Ed. La Ley, Madrid.

Legislación

Constitución Española. BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1971, páginas 29313 a 39424.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982, páginas 12546 a 12548.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, páginas 33987 a 34058.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 02 de julio de 1985.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE núm. 260, de 17 de setiembre de 1882.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional

STC 114/1984, de 29 de noviembre.

STC 103/1985, de 4 de octubre.

STC 64/1986, de 21 de mayo.

STC 85/1994, de 14 de marzo.

STC 86/1995, de 6 de junio.

STC 197/1995, de 21 de diciembre.

STC 161/1997, de 2 de octubre.

STC 161/1999, de 27 de septiembre.

STC 127/2000, de 16 de mayo.

STC 67/2001, de 17 de marzo.

STC 155/2002, de 22 de julio.

STC 18/2005, de 1 de febrero.

STC 18/2005, de 2 de febrero.

STC 30/2005, de 14 de febrero.

STC 142/2006, de 8 de mayo.

STC 198/2006, de 3 de julio.

STC 76/2007, de 16 de abril.

STC 142/2009, de 15 de julio.

Tribunal Supremo:

STS 697/1982, de 22 de mayo, [RJ 1982/2702].

STS 1.179/1982, de 7 de octubre, [RJ 1982/5608].

STS 2.647/1990, de 29 de marzo, [RJ 1990/2697].

STS 8.562/1991, de 26 de noviembre, [RJ 1991/8562].

STS 210/1992, de 7 de febrero, [RJ 1992/1108].

STS 2.258/1994, de 15 de diciembre, [RJ 1994/10153].

STS 448/1997, de 4 de marzo, [RJ 1997/2215].

STS 472/1997, de 14 de abril, [RJ 1997/3524].

STS 900/1997, de 23 de junio, [RJ 1997/5975].

STS 974/1997, de 4 de julio, [RJ 1997/6008].

STS 96/1998, de 2 de febrero, [RJ 1998/414].

STS 604/1998, de 4 de mayo, [RJ 1998/8275].

STS 65/1999, de 31 de enero, [RJ 2000/727].

STS 209/1999, de 17 de febrero, [RJ 1999/865].

STS 457/1999, de 19 de junio, [RJ 1999/5659].

STS 1.571/2000, de 17 de octubre, [RJ 200/8780].

STS 1.850/2000, de 29 de diciembre, [RJ 2000/10478].

STS 545/2001, de 3 de abril, [RJ 2001/2929].

STS 1.203/2002, de 18 de julio, [RJ 2002/7997].

STS 779/2003, de 30 de mayo, [2003/6133].

STS 1.451/2003, de 26 de noviembre, [RJ 2003/9491].

STS 403/2005, de 23 de marzo, [RJ 2005/3574].

STS 1/2006, de 9 de enero, [RJ 2006/3330].

STS 418/2006, de 12 de abril, [RJ 2006/2251].

STS 442/2007, de 4 de mayo, [RJ 2007/4730].

STS 193/2008, de 30 de abril, [RJ 2008/1861].

STS 304/2008, de 5 de junio, [RJ 2008/3247].

STS 1.105/2007, de 21 de diciembre, [RJ 2008/560].

STS 1.030/2009, de 15 de octubre. [RJ 2009/5603].

STS 316/2011, de 6 de abril, [RJ 2011/3339].

STS 286/2011, de 15 de abril, [RJ 2011/3458].

STS 1.328/2011, de 12 de diciembre, [RJ 2012/445].

STS 654/2012, de 20 de julio, [RJ 2012/8403].

STS 704/2013, de 25 de septiembre, [RJ 2013/6452].

STS 878/2013, de 3 de diciembre, [RJ 2014/1834].

STS 912/2013, de 4 de diciembre, [RJ 2013/7913].

STS 245/2015, de 25 de abril, [RJ 2015/2188].

STS 1.013/2018, de 20 de marzo, [RJ 2018/1457].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

SSTEDH de 3 de mayo de 2001, caso J.B. c. Suiza y de 8 abril de 2004, caso Weh c. Austria.

Corte Suprema de los Estados Unidos:

Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975).

Oregon vs. Elstad, 470 US (1985).

Silverthorne Lumber Co.,Inc. V. United States, 251 U.S. 385 (1920).

Wong Sun et Al. V. United States. 371 U.S. 471 (1963).