

ESTUDIOS

E

HALLAZGO CASUAL Y PRUEBA ILÍCITA

RODRIGO MORENO FUENTES

PRÓLOGO DE IGNACIO COLOMER HERNÁNDEZ



ARANZADI

© **Rodrigo Moreno Fuentes**, 2026
© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Primera edición: abril 2026

Depósito Legal: M-5898-2026

ISBN versión impresa: 978-84-1085-727-8

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-728-5

Esta publicación es parte del Proyecto «*Datos personales e información en la era digital: desafíos en su obtención y uso en los procesos judiciales y en los procedimientos sancionadores (DATER)*» Ref. PID2022-137826NB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE.

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, o cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice general

	<u>Página</u>
PRÓLOGO	21
INTRODUCCIÓN	29

PARTE I

NOCIONES GENERALES

CAPÍTULO I

LA PRUEBA ILÍCITA	39
I. Concepto, origen, y tratamiento comparado de la prueba ilícita .	41
II. La regla de exclusión	48
III. Los frutos del árbol envenenado: prueba ilícita y prueba refleja .	51
IV. Excepciones de la extensión a las pruebas reflejas de la regla de exclusión	54
1. <i>La ruptura del nexo causal</i>	55
a. La excepción de la fuente independiente	55
b. La excepción del descubrimiento inevitable	57
2. <i>La conexión de antijuridicidad</i>	59
V. Excepciones a la regla de exclusión	66
1. <i>La excepción de la buena fe</i>	66
2. <i>La excepción de la prueba obtenida por particulares</i>	70

	<i>Página</i>
a. La sentencia del Tribunal Supremo 116/2017, de 23 de febrero	70
b. La excepción de la prueba obtenida por particulares ..	76
3. <i>La generalización de la ponderación y la degradación de la regla de exclusión</i>	77
a. La STC 97/2019, de 16 de julio	78
b. Las consecuencias de la sentencia	83
i. La generalización de la ponderación	83
ii. La degradación de la prueba ilícita	85
iii. La interpretación del art. 11.1 LOPJ	87
VI. Lo que queda de la prueba ilícita	89

CAPÍTULO II

LA NOCIÓN DE HALLAZGO CASUAL EN EL DERECHO PROCESAL PENAL	93
I. Los elementos del hallazgo casual	94
1. <i>La existencia de una investigación penal en curso</i>	95
2. <i>La fijación del objeto del proceso penal</i>	97
3. <i>La práctica de una diligencia de investigación restrictiva de derechos fundamentales</i>	99
II. Las clases de hallazgos	102
1. <i>Hallazgo casual subjetivo y hallazgo casual objetivo</i>	102
2. <i>Hallazgo casual obtenido en el curso de una diligencia de entrada y registro en domicilio y hallazgo casual obtenido en el curso de una intervención de las comunicaciones</i>	105
III. El hallazgo casual en el proceso	107
1. <i>Los hallazgos casuales como fuentes de prueba</i>	108
2. <i>El valor probatorio y el valor investigador del hallazgo casual</i> ..	112
a. <i>La regularidad de la práctica de la diligencia de investigación original y la consistencia probatoria de lo encontrado casualmente</i>	113

	<u>Página</u>
b. El hallazgo casual como fuente de investigación o como fuente de prueba	117
IV. Hallazgo casual y figuras afines	121
1. <i>Hallazgo casual de evidencias obtenidas en investigaciones extra-procesales</i>	121
2. <i>El hallazgo casual de evidencias descubiertas por particulares</i> ..	124
3. <i>Hallazgo casual y utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto</i>	127
4. <i>Hallazgo casual de evidencias obtenidas en una investigación administrativa</i>	132

PARTE II

PRUEBA ILÍCITA Y HALLAZGO CASUAL

CAPÍTULO III

EL HALLAZGO CASUAL COMO EXCEPCIÓN A LA EXTENSIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL CASO DE PRUEBAS REFLEJAS	139
I. La ubicación de los hallazgos casuales entre los problemas de la prueba prohibida	140
II. El hallazgo casual como excepción a la extensión de la regla de exclusión en el caso de pruebas reflejas	143
1. <i>Origen y debate sobre el ámbito de aplicación de la excepción</i> ...	146
a. <i>Primera hipótesis: el hallazgo casual como prueba originaria</i>	147
b. <i>Segunda hipótesis: el hallazgo casual como prueba derivada de las que se encuentran durante la práctica de la diligencia en la que tiene lugar su descubrimiento</i> ..	148
c. <i>Tercera hipótesis: el hallazgo casual como prueba derivada de una diligencia anterior de aquella en la que se produjo</i>	150

	<u>Página</u>
2. <i>El contenido de la excepción</i>	150
3. <i>Condicionamiento de la excepción a la propia utilizabilidad de lo casualmente descubierto</i>	154
CAPÍTULO IV	
LA ILICITUD PROBATORIA EN LOS HALLAZGOS CASUALES Y SU REMEDIO	
	157
I. La lesión del derecho fundamental	159
1. <i>La lesión del derecho fundamental en los casos de prueba ilícita</i>	160
2. <i>La lesión del derecho fundamental en los hallazgos casuales</i>	161
II. Hallazgo casual e ilicitud probatoria	165
1. <i>En los hallazgos casuales no hay lesión del derecho fundamental</i> .	165
a. El argumento de la restricción imponderable	165
b. Restricción imponderable y lesión del derecho funda- mental	168
c. El fundamento legal de la restricción	170
i. Una solución sin base jurídica suficiente	171
ii. Una solución que no explica el marco jurídico existente	173
d. ¿Hay restricción imponderable en el caso de los hallaz- gos casuales?	175
2. <i>En los hallazgos casuales hay lesión del derecho fundamental, pero no plantea un problema de ilicitud probatoria</i>	177
a. El argumento de justicia material	178
b. El argumento del efecto disuasorio	180
c. El argumento de la ponderación	184
i. El doble parámetro de control	185
ii. Una operación poco convincente	189
iii. Conclusión	202
3. <i>Los hallazgos casuales como un problema de ilicitud probatoria. La singularidad de la lesión producida</i>	203

	<u>Página</u>
III. El fundamento de la regla de exclusión	206
1. <i>Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i>	207
2. <i>Otros fundamentos</i>	208
a. El valor disuasorio de la exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas	208
b. El valor epistémico de la prueba	210
c. La integridad y moralidad del proceso y el equilibrio entre las partes	211
3. <i>El fundamento de la regla de exclusión en la especial fuerza constitucional de los derechos fundamentales</i>	212
4. <i>Diferentes entendimientos de la regla de exclusión</i>	216
a. Entendimiento rígido de la regla de exclusión	216
b. Entendimiento flexible de la exclusión probatoria	217
IV. El remedio de la ilicitud probatoria de los hallazgos casuales en un entendimiento flexible de la regla de exclusión, que debe tener reconocimiento legal	220
1. <i>Recapitulación</i>	220
2. <i>Reconocimiento legal de los hallazgos casuales y determinación de su valor probatorio</i>	222

PARTE III

EL RÉGIMEN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LOS HALLAZGOS CASUALES

CAPÍTULO V

EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LOS HALLAZGOS CASUALES	229
I. Apuntes de Derecho comparado	231
1. <i>Alemania</i>	232
2. <i>Suiza</i>	236

	<u>Página</u>
3. <i>Francia</i>	238
4. <i>Italia</i>	241
5. <i>Estados Unidos</i>	244
6. <i>Chile</i>	248
II. La inclusión de los hallazgos casuales en la LECrim	251
1. <i>La regulación de los hallazgos casuales en las diligencias de intervención de las comunicaciones y las tecnológicas</i>	251
a. Las diligencias de intervención de las comunicaciones y tecnológicas	252
b. El régimen anterior a la reforma de la LECrim de 2015	254
c. Los nuevos arts. 579 bis y 588 bis i LECrim	255
i. Hallazgo casual y utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto	256
ii. El procedimiento de deducción de testimonio de la causa principal para la iniciación de un nuevo proceso penal	262
iii. Hallazgo casual subjetivo en una medida de intervención de las comunicaciones, de un tercero ajeno a la investigación	268
iv. La regulación en el Anteproyecto de LECrim de 2020	270
d. El supuesto de investigaciones sobre dispositivos electrónicos de almacenamiento masivo y los registros y rastreos remotos de equipos informáticos	271
i. Hallazgo casual en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información	272
ii. Hallazgo casual en el registro y rastreo remoto sobre equipos informáticos	292
2. <i>La eventual extensión de los arts. 579 bis y 588 bis i a los hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro en domicilio</i> ..	302
a. La diligencia de entrada y registro en domicilio	303

	<u>Página</u>
b. Los hallazgos casuales en los casos de entrada y registro en domicilio por autorización del propietario o de flagrancia	305
i. Los hallazgos casuales en los casos de entrada y registro en domicilio por consentimiento del titular	305
ii. Los hallazgos casuales en los casos de entrada y registro en domicilio por motivos de flagrancia ..	310
c. Los hallazgos casuales en los casos de entrada y registro en domicilio por autorización judicial	313
i. ¿Son aplicables los arts. 579 bis y 588 bis i a los hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro en domicilio?	314
ii. Los esfuerzos por introducir en la LECrim los hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro en domicilio	317

CAPÍTULO VI

LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL HALLAZGO CASUAL .	319
I. El rescate de la ilicitud probatoria a través de la doctrina jurisprudencial del hallazgo casual	320
II. La doctrina del hallazgo casual y las razones para la licitud de la prueba	321
1. <i>Conexidad de los delitos</i>	322
2. <i>Autorización judicial</i>	326
a. El valor del auto judicial original respecto de lo casualmente descubierto y la necesidad de una nueva autorización	327
b. Esquema de la intervención del juez al hilo de un hallazgo casual	333
i. Valor del auto judicial original	333

	<u>Página</u>
ii. Valor del auto de continuación de la medida	335
iii. Esquema del valor de la intervención del juez al hilo de un hallazgo casual	336
iv. En particular, la autorización prevista en el art. 579 bis.3 LECrim	339
3. <i>Proporcionalidad</i>	339
a. Las clases de proporcionalidad	341
b. Valor del hallazgo casual de evidencias de un delito sin la gravedad suficiente para motivar la adopción de medidas de investigación en cuya práctica fue encontrado	347
4. <i>Flagrancia</i>	352
a. El concepto de flagrancia	353
b. La flagrancia en la doctrina del hallazgo casual	355
c. La extensión y límites de la flagrancia como criterio de validación de lo hallado casualmente	358
5. <i>Buena fe de los agentes que practican el registro</i>	363
6. <i>Necesidad de contar con los antecedentes que acrediten la legitimidad de las intervenciones sobre el derecho fundamental</i>	368
a. El acuerdo no jurisdiccional adoptado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009 . .	370
i. La aplicación del acuerdo a los hallazgos casuales	370
ii. El contenido del acuerdo	372
b. La deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia en el art. 579 bis LECrim	375
i. Presupuestos a su aplicación	376
ii. Contenido del juicio a realizar por la autoridad judicial	377
iii. Consecuencias del juicio negativo	380

ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
iv. Ausencia de los testimonios que acreditan la legitimidad de la medida	381
c. El valor de los antecedentes que acrediten la legalidad de las intervenciones sobre el derecho fundamental en la doctrina del hallazgo casual	382
BIBLIOGRAFÍA CITADA	385

manejar en este texto, de modo que quede claro al lector desde el primer momento cual es el significado del que se le dota aquí.

63. Lo primero que ha de decirse es que tal noción no se encuentra recogida en ninguna definición legal, ni puede derivarse claramente del régimen establecido en ninguna norma procesal. En realidad, la figura del hallazgo casual ha sido desconocida por las leyes procesales hasta el año 2015, en el que se produce una reforma de la LECrim cuyo nuevo art. 579 bis incorpora por primera vez una regulación del mismo. De modo que el desarrollo de dicha noción en el orden penal ha sido en buena medida una creación jurisprudencial, en respuesta a un conjunto de problemas comunes respecto de la eventual ilicitud de fuentes de prueba obtenidas en determinadas circunstancias¹. Ello justifica que gran parte de las afirmaciones que se harán en el presente capítulo y en los siguientes tendrán como fundamento las decisiones tomadas por los órganos jurisdiccionales y las opiniones de los autores que las estudian, y no tanto el análisis de un régimen legal que sólo ha llegado de manera reciente e incompleta, como se verá en el capítulo quinto de este libro.

I. LOS ELEMENTOS DEL HALLAZGO CASUAL

64. Para que podamos hablar con precisión de hallazgo casual en el seno del proceso penal, es necesario que concurren tres elementos de manera simultánea. En primer lugar, que se produzca el descubrimiento de algo no buscado, en segundo lugar, que dicho descubrimiento se haga en el seno de una investigación criminal ya en curso; y en tercer lugar, que el hallazgo se produzca durante la práctica de una diligencia de investigación restrictiva de derechos fundamentales.

65. De esta manera, cuando en este capítulo y en los siguientes se mencione tal noción, se hará en referencia a los tres elementos indicados. Ello me libra de hacer más precisiones terminológicas sobre el nombre específico que han de recibir tales descubrimientos. Por ello, si se ha elegido hablar de hallazgo casual, y no de hallazgo ocasional, o descubrimiento casual o descubrimiento ocasional es simplemente porque se trata de la expresión que utiliza mayoritariamente la doctrina, y la jurisprudencia,

1. «Los hallazgos causales no están ni siquiera contemplados, al menos en un plano legislativo, siendo necesario acudir a la jurisprudencia para encontrarlos» dice un año antes de la aprobación del 579 bis LECrim A. GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, *Las diligencias policiales...*, op. cit., 264.

señaladamente la penal. En todo caso, nada impide la utilización de las otras expresiones mencionadas, como hace el art. 579 bis de la LECrim al hablar de «descubrimientos casuales», que también se empleará aquí. Lo relevante es que cualquiera de ellas se utilizará en el sentido indicado.

1. LA EXISTENCIA DE UNA INVESTIGACIÓN PENAL EN CURSO

66. La noción de hallazgo casual hace referencia inicialmente al descubrimiento fortuito de algo no buscado. En el ámbito penal, ello encajaría con el descubrimiento por unos albañiles de un alijo de armas, o de un cargamento de droga por un policía de tráfico que da el alto a un vehículo. En este sentido general, no se refiere más que a la aparición inesperada de información en relación con un delito que no se investigaba.

67. Sin embargo, la doctrina del hallazgo casual o descubrimiento ocasional exige que nos encontremos en el seno de una investigación criminal en relación con unos hechos determinados². Así, se refiere al descubrimiento de nueva información que fuera desconocida en el momento del inicio de las investigaciones, como algo «casual» o no esperado. De modo que, inicialmente, el hallazgo casual alude al objeto del proceso en curso y a su variación durante la investigación.

68. Pero ello no es suficiente: resulta preciso también que, en el seno de una investigación criminal, se practique una diligencia de investigación que resulte restrictiva de derechos fundamentales³. Es entonces cuando

-
2. Dice I. NADAL GÓMEZ, en «El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2015...», *op. cit.*, autora a la que sigo en buena parte de este epígrafe dedicado a la definición de hallazgo casual: «*la existencia de los hallazgos casuales implica que esté en marcha una investigación criminal proyectada sobre unos hechos más o menos determinados, tanto si estamos todavía ante una investigación preprocesal, como si ya ha comenzado la instrucción judicial*» (pág. 5). La referencia a investigaciones preprocesales será objeto de comentario un poco más adelante (§§ 102-105).
 3. Hay autores que sostienen una definición de hallazgo casual que no está necesariamente conectada a la práctica de tal diligencia restrictiva de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, J. A. DÍAZ CABIALE y J. R. MARTÍN MORALES, en *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, *op. cit.*, pág. 190. Igualmente, J. GARCÍA SAN MARTÍN, en «El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal», en *La Ley Penal*, núm. 109, Sección Derecho procesal penal, julio-agosto 2014, Ed. La Ley, LA LEY 4917/2014, pág. 1, define el hallazgo casual sin hacer referencia a tales diligencias. Del mismo modo, F. J. ECHARRI CASI, en «Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales», en *Revista del poder judicial*, ISSN 1139-2819, n.º 69, 2003, (pág. 291), afirma que

puede suceder que su resultado difiera en la calificación del objeto de la investigación tal y cómo fue configurado inicialmente, y que ha justificado la práctica de tal diligencia. Ese hallazgo de algo que no se buscaba, y que generalmente apunta a un crimen no conocido⁴, sea porque quien lo cometió era investigado por otra razón, o porque ha sido cometido por otra persona que no era objeto directo de esa medida de investigación, es el hallazgo casual al que se refiere la teoría o doctrina de la que nos ocupamos⁵: la misma trata de precisar el alcance que ha de darse a dichos

el hallazgo casual «no siempre se produce en el curso de una intervención restrictiva judicialmente autorizada», sino que «ha de ser concebido y definido en sentido amplio, como aquel que tiene lugar dentro de un determinado marco de intervención habilitada para distinta finalidad». En este sentido, I. NADAL GÓMEZ, en «El régimen de los hallazgos casuales...», *op. cit.*, pág. 6, habla de «definición amplia» y «definición estricta» de hallazgo casual o descubrimiento ocasional. Lo cierto es que los problemas característicos que se plantean en relación con tales descubrimientos casuales lo son en relación con diligencias de limitación de derechos fundamentales, tales como las de intervención de las comunicaciones o de entrada y registro en domicilios, a las que luego me referiré, de modo que es mayoritaria la postura doctrinal y jurisprudencial en seguir la noción estricta de hallazgo casual que se mantiene aquí. A ello hay que añadir la introducción en 2015 de un nuevo art. 579 bis en la LECrim, el cual se encuentra situado sistemáticamente en la regulación de una diligencia limitativa de derechos fundamentales.

4. En relación con la exigencia para definir los hallazgos casuales de que el descubrimiento de fuentes de prueba de un crimen diferente al investigado lo sea de un delito no conocido hasta ese momento, ha de decirse que así será en la mayoría de los supuestos, pero que cabe plantarse otras posibilidades de hallazgos casuales en el sentido defendido en texto en los que las fuentes de prueba lo sean de un delito que ya se conociera. Piénsese en el descubrimiento inesperado de evidencias de un delito que ya está siendo objeto de investigación en un proceso distinto del proceso en que aquel tiene lugar. En tales supuestos, que el crimen al que apuntan los indicios encontrados fuera ya conocido no impide que tal descubrimiento se trate de un hallazgo casual en el sentido indicado, y que se le apliquen las soluciones previstas para estos. Sin embargo, tales casos plantean sus propios problemas en relación con el modo en que se utiliza dichas fuentes de investigación o de prueba en el proceso de destino, que se examinan en el epígrafe dedicado a diferenciar entre ambas figuras (§§ 113-120).
5. S. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, en «Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, 2010, pág. 2, los define como «la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos (ya sea una intervención telefónica, una entrada y registro u otras diligencias de investigación similares), o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando, es decir, cuando al investigar unos determinados hechos delictivos, se descubren por casualidad otros distintos o aparecen otros sujetos implicados».

descubrimientos en el ámbito del proceso penal. Hay muchos ejemplos típicos: se entra en un domicilio buscando drogas y se encuentra un cadáver, se pincha un teléfono por un caso de tráfico de armas y se descubre un secuestro, se hace un registro remoto sobre equipamientos informáticos por una investigación sobre terrorismo, y se descubre un delito de abusos sexuales.

2. LA FIJACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO PENAL

69. Como se decía, para que se produzca la disonancia entre lo buscado y lo encontrado, es necesario considerar la fijación del objeto del proceso penal. Este inicialmente se fija cuando el juez dicta la resolución con que da comienzo, a través de la información que tiene en sus manos⁶. A medida que va investigando, esa información va cambiando, a través de la práctica de las diferentes diligencias de investigación, y ello obliga a conjugar esa nueva información con el objeto del proceso inicialmente fijado. En ese sentido, lo descubierto puede ser coherente con lo ya investigado, o pueden aparecer indicios de delitos distintos pero que afecten al mismo bien jurídico de los delitos a los que aluden los indicios ya aparecidos (delitos homogéneos⁷), o puede aparecer información sobre hechos nuevos que

En el mismo sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/1999, de 29 de diciembre, sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales, los define como «*la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos (ya sea una intervención telefónica, una entrada y registro u otras diligencias de investigación similares), o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando*». Utiliza una noción de hallazgo casual en el mismo sentido defendido en este texto también R. CASTILLEJO MANZANARES, «La deficiente regulación de los hallazgos casuales y su análisis jurisprudencial», en R. CASTILLEJO MANZANARES (Dir.), *El nuevo proceso penal sin código procesal penal*, Atelier, Barcelona, 2019, pág. 183.

6. Dicha información constituye la *notitia criminis*, como es sabido, que llega a conocimiento del tribunal, o bien de forma directa —a través de un atestado policial o de una relación verbal circunstanciada del art. 295 LECrim—, o a través de una actuación de parte —querrela o denuncia—. De manera que esa resolución que da inicio al proceso está fijando inicialmente cuál es su objeto a partir de la información recibida. *Vid.* en los mismos términos I. NADAL GÓMEZ, en «El régimen de los hallazgos casuales...», *op. cit.*, pág. 9.
7. Es una categoría jurisprudencial, que no aparece recogida como tal en una norma legal. *Vid.* I. NADAL GÓMEZ, en «El régimen de los hallazgos casuales...», *op. cit.*, pág. 12: «*Cuando los mismos hechos sean susceptibles de ser calificados como delitos distintos pero homogéneos, el tribunal podrá modificar la calificación sin que suponga la*

se suman a los ya investigados, y que hacen referencia a delitos conexos a los inicialmente descrito, de los que se hablará a continuación. Por último, la investigación puede dar lugar al descubrimiento de hechos totalmente diferentes a los inicialmente investigados, que suponen una novación del objeto del proceso⁸.

70. Los delitos conexos se definen ahora en una enumeración legal, fijada en el art. 17 de la LECrim, el cual se refiere a la posible acumulación de diferentes delitos para que puedan ser enjuiciados en un solo proceso, en contraste con la regla procesal que prevé un proceso para cada delito. Frente a ella, en los casos en que el enjuiciamiento conjunto facilite el mejor esclarecimiento de los hechos, y no suponga una excesiva complejidad o dilación, tales delitos podrán tratarse como «delitos conexos»⁹, aunque el órgano juzgador deberá pronunciarse sobre cada uno de ellos como objetos

alteración del objeto del proceso». Se trata de que el tribunal califique jurídicamente de manera distinta a cómo lo hicieron las partes en su calificación definitiva, sin que ello vulnere el principio acusatorio. Sigue también esta explicación J. A. DEL BARCO DELGADO, «Una aproximación a las reglas de tratamiento y la deducción de testimonios en la doctrina de los hallazgos casuales», *DOCRIM Revista científica*, División Operativa de Criminalística, Granada, núm. 11, 2022, en las págs. 10 y ss. Este texto puede consultarse en la dirección web <https://drive.google.com/file/d/1eivsGKQnXl8L3h5D-jbPyEJSxYCIInWol/view>.

8. *Vid. op. ult. cit.*, pág. 8: «Los hechos desde los que se parte en el proceso y los descubiertos durante la investigación son objeto de calificación penal y de subsunción en uno o varios delitos. Tanto los hechos como su calificación jurídica pueden variar a lo largo del proceso, pero siempre con un límite, cual es el de la modificación sustancial. Ello impide que por ese mecanismo se produzca una novación del objeto inicial sin el sobreseimiento del procedimiento de origen y la apertura de uno nuevo; o que se amplíe el ámbito objetivo por la suma de otros hechos constitutivos de delitos que no puedan ser acumulados en el mismo proceso conforme a las reglas procesales establecidas a tal efecto en el art. 17 de la LECrim».
9. El art. 17.2 de la LECrim cita siguientes: los cometidos por dos o más personas reunidas, o si hubiera precedido concierto para ello, en distintos lugares o tiempos; los cometidos como medios para perpetrar otros o facilitar su ejecución, o para procurar su impunidad; los delitos de favorecimiento real y personal, y blanqueo de capitales; los cometidos por distintas personas cuando se ocasionen daños o lesiones recíprocos. El art. 17.3 aclara que «Los cometidos por un mismo sujeto cuando no sean conexos respecto de los criterios anteriores, pero presenten analogía o relación entre sí, siempre que sean competencia del mismo órgano judicial, inste su acumulación el ministerio fiscal, y la prueba de conjunto de tales hechos resulte conveniente para su esclarecimiento». Por último, el art. 18 establece criterios para determinar cual es el órgano cuya competencia debe predominar. Sobre tales previsiones, *Vid. I. CUBILLO LÓPEZ*, «Las causas de conexión penal y su aplicación tras la reforma operada por la Ley 41/2015», en *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, Universidad de Deusto, Vol. 65, Núm. 2 (2017), págs. 39 y ss.

separados en la sentencia. Cuando los delitos no puedan ser considerados conexos, se considerarán heterogéneos, y no podrán acumularse, sino que se remitirá su conocimiento al órgano competente.

71. Tales categorías serán importantes a la hora de la delimitación de los efectos de la regla de ilicitud probatoria, contenida en el art. 11.1 LOPJ, por parte de la doctrina jurisprudencial creada por los tribunales del orden penal al aplicarse a los hallazgos casuales, como se verá mas adelante (§§ 423-429).

3. LA PRÁCTICA DE UNA DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN RESTRICTIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

72. Sobre los hechos que constituyen el objeto inicial del proceso se incorporan, como he mencionado, indicios nuevos a través de las variadas diligencias de investigación, cuyo fin es un mejor conocimiento de la realidad. Cuando dicha incorporación se produce a través de diligencias tales como la inspección ocular, la declaración del imputado, o el examen del cuerpo del delito, ello no plantea especiales problemas, pudiendo a su vez motivar nuevas diligencias o incluso pueden adquirir ellas mismas valor probatorio¹⁰. Sin embargo, cuando dichas diligencias de investigación son restrictivas de derechos fundamentales, el valor del descubrimiento de hechos nuevos en su seno no es tan sencillo¹¹.

73. En efecto, el alcance probatorio que cabía otorgar a los descubrimientos ocasionales encontrados a través de medidas de investigación que limitan derechos fundamentales, a falta de legislación específica que lo tratase, era evaluado y confirmado o desestimado por la jurisprudencia ordinaria y constitucional¹². La misma partía de la necesidad de aplicar a tales diligencias un conjunto de principios de sustrato constitucional¹³, entre los

10. En los casos en que nos encontremos ante el valor probatorio de los actos de instrucción como prueba preconstituída, como ya sabemos. *Vid.* V. MORENO CATENA en V. GIMENO SENDRA (et al.), *Derecho Procesal...*, *op. cit.*

11. *Vid.* I. NADAL GÓMEZ, en «El régimen de los hallazgos casuales...», *op. cit.*, pág. 16.

12. Esta laguna ha sido parcialmente colmada, como ya se ha dicho, por la introducción en 2015 de un nuevo art. 579 bis en la LECrim.

13. Sin embargo, desde la reforma de la LECrim de 2015, especialmente las diligencias de investigación tecnológica han recibido una regulación específica, presidida por un art. 588 bis a que fija los principios rectores de tales medidas. Los mismos son el de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. *Vid.* R. LÓPEZ JIMÉNEZ, «Régimen jurídico de los datos personales obtenidos en

que destacan el de especialidad¹⁴ y el de proporcionalidad¹⁵. Desde esta perspectiva, el hallazgo casual de fuentes de prueba que apuntan a un delito o autor distinto al investigado a través de estas diligencias resulta problemático, en tanto que se opone a los principios mencionados. Así, no puede respetarse la especialidad de la diligencia limitativa de derechos, cuando lo descubierto no tiene relación con el delito objeto de la investigación inicial. Igualmente, no puede hacerse un juicio de proporcionali-

los descubrimientos casuales durante la investigación de los delitos», en I. COLOMER HERNÁNDEZ (Dir.), *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios*, Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid, 2017, ISBN: 978-84-9152-748-0, 9788491527503, pág. 318. La doctrina también citaba el de reserva de intervención judicial y el de intervención indiciaria. En cuanto a este último, no es mencionado en el art. 588 bis a LECrim, pero la doctrina destaca su origen jurisprudencial y su vinculación estrecha con el principio de especialidad, aunque de rango más amplio al referirse a cualquier diligencia de investigación, y no necesariamente a una restrictiva de derechos constitucionales. Vid. S. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, en «Los descubrimientos casuales...», *op. cit.*, que dice que «por regla general, toda intervención de los poderes públicos se ha de fundamentar, bajo pena de inconstitucionalidad, en la existencia de previos indicios delictivos» (pág. 10), de modo que, en caso de diligencias de limitación de libertades constitucionales, «la resolución judicial se otorga para una investigación específica y determinada, de modo que la autorización se refiere al concreto objeto de investigación y no a otro, para evitar las diligencias de prospección. Y es que la resolución judicial para investigar otros hechos delictivos no podría servir, por no existir indicios de que el sospechoso lo sea también de esos otros hechos» (pág. 9). Igualmente, J. A. DÍAZ CABIALE y J. R. MARTÍN MORALES, en «La teoría de la conexión de antijuridicidad», *Jueces para la democracia*, ISSN 1133-0627, n.º 43, 2002, pág. 48. Sobre el principio de intervención indiciaria, ver §§ 146-152.

14. El punto 2 del nuevo art. 588 bis a LECrim lo define de la siguiente forma: «El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva». Se describe también en la STS n.º 272/2017, de 18 de abril, cuando indica: «los poderes públicos no pueden inmiscuirse en la intimidad de los sospechosos, interceptando sus comunicaciones, con el exclusivo propósito u objeto de indagar a ciegas su conducta, por lo que la decisión jurisdiccional de intervención de las comunicaciones telefónicas tiene que estar siempre relacionada con la investigación de un delito concreto al menos en el plano indiciario».
15. Que se expresa a su vez en los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. A esta última se refiere el punto 5 del nuevo art. 588 bis a LECrim, cuando dice: «Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho».

dad de una medida restrictiva de derechos para la investigación de hechos cuya existencia se desconocía en el momento de realizar dicho juicio¹⁶. En tanto que los hallazgos casuales vulneran tales principios¹⁷, lo hallado no quedaría cubierto por la autorización judicial que dota de legitimidad la afectación del derecho fundamental. Al no quedar cubierto por ella, se produce una afectación ilegítima del derecho y, en consecuencia, las evidencias descubiertas carecerían *prima facie* de valor investigador o probatorio, constituyendo por tanto un ejemplo de prueba ilícita¹⁸.

74. Es en este contexto donde aparece la doctrina de los descubrimientos o hallazgos casuales, y el porqué de su conexión con el 11.1 LOPJ y la regla de exclusión probatoria. En efecto, a través de una jurisprudencia oscilante, en relación fundamentalmente con la diligencia de intervención de las comunicaciones, se construye un conjunto de expedientes que permiten eludir la aplicación de las consecuencias de la regla de exclusión en tales casos. Sobre tales excepciones, la prueba ilícita y tal doctrina se hablará más adelante, pero antes se ha de perfilar un poco más la noción de hallazgo casual expuesta.

-
16. O, en el caso en que se tratara de hechos ya conocidos e investigados en otro proceso, el desconocimiento lo sería sobre la conexión de los mismos con los investigados en la diligencia en la que tuvo lugar el hallazgo.
17. En realidad, ambos principios no se sitúan en el mismo plano, correspondiendo al de especialidad el papel preponderante. Afirma así la Sala Tercera del TS, en la STS de 30 de abril de 2012 (RJ 2012 4968) que «*La jurisprudencia de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo (...) ha proclamado el principio de especialidad como elemento central sobre el que debe asentarse toda intervención telefónica. Principio que se traduce en la necesidad de identificar el delito cuya intervención haga necesaria la medida con esta doble finalidad: evaluar la exigible proporcionalidad de la intervención; y evitar los rastreos indiscriminados de carácter meramente preventivo o aleatorio sin una base fáctica previa a la comisión del delito*».
18. F. J. ECHARRI CASI menciona que también aparece afectado el principio constitucional de intervención indiciaria, el cual «*tiene mayor alcance que el de especialidad, pues se refiere tanto a las intervenciones necesitadas de previa autorización judicial, como a las que no, mientras que el de especialidad viene referido exclusivamente para medir el alcance de la resolución judicial habilitadora*», *Vid.*, «*Prueba ilícita...*», *op. cit.*, pág. 288. El problema que plantea la admisión en el proceso del hallazgo casual respecto del referido principio lo explica así el autor citado: «*Si la resolución judicial pudo acordarse porque existían, respecto del ilícito inicialmente contemplado, una serie de indicios de implicación delictiva del sujeto intervenido, ¿cómo extender dicha valoración indiciaria, sin más, a un nuevo ilícito casualmente descubierto, cuando ni siquiera era conocido en el momento en que dicha valoración se hizo?*» (pág. 291). Sobre este principio de intervención indiciaria *Vid.* R. MARTÍN MORALES, «*El principio constitucional de intervención indiciaria*», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 2, 1999, págs. 341-506, y el mismo autor, junto con J. A. DÍAZ CABIALE, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, *op. cit.*, págs. 177 y ss. También, se verá en §§ 162-166.

II. LAS CLASES DE HALLAZGOS

75. Conforme a los criterios expuestos, la descripción de la noción de hallazgo casual puede completarse ordenándolos de acuerdo a diferentes criterios de distinción, los cuales toman como punto de partida el sometimiento a una regulación distinta y la presentación de problemas propios en función de la categoría dentro de la que se encuadren.

1. HALLAZGO CASUAL SUBJETIVO Y HALLAZGO CASUAL OBJETIVO

76. Como se ha dicho, el hallazgo casual puede estar referido tanto al descubrimiento inesperado de evidencias que apuntan a la comisión de un delito o delitos diferentes al investigado inicialmente, como a su perpetración por un tercero ajeno a la investigación¹⁹. Podemos así designar los hallazgos casuales enunciados en primer lugar como de carácter objetivo, y los segundos de carácter subjetivo²⁰. Un ejemplo de los primeros sería el supuesto de la intervención de las comunicaciones para la investigación de un delito de homicidio, y el descubrimiento durante su práctica de la comisión por los sujetos investigados de un delito de tráfico de drogas²¹. Un ejemplo de los segundos se daría en el supuesto en que la intervención de las comunicaciones, en el seno de una investigación sobre una posible trama delictiva encaminada a conseguir de forma fraudulenta la adjudicación de un concurso público, descubre la eventual comisión de un delito contra la Administración de Justicia por parte, por un lado, de una de las personas cuyas comunicaciones han sido intervenidas y, por otro, por un miembro de la carrera judicial ajeno a la investigación en curso²².

19. Así lo subraya J. GARCÍA SAN MARTÍN, en «El hallazgo casual...», *op. cit.*, pág. 1, al definir los hallazgos como «...fuentes de prueba de la comisión de uno o varios delitos, obtenidas en el marco de la práctica de diligencias para la investigación de uno o varios delitos distintos, así como las fuentes de prueba de la comisión de uno o de varios delitos por parte de un tercero ajeno a aquel o aquellos que estaban siendo investigados en el marco de la diligencia de prueba en cuya práctica resultan obtenidas».

20. En el mismo sentido, *Vid.* J. A. MONTORO SÁNCHEZ, en *Uso y cesión de datos...*, *op. cit.*, pág. 494.

21. *Vid.*, la STS 1165/2006 de la Sala segunda (sección 1.ª), de 20 de noviembre de 2006, RJ 2006, 9187.

22. *Vid.*, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª) de 30 de abril de 2012, RJ 2012, 4968.

77. Los hallazgos casuales de carácter objetivo son los que plantean de manera típica y plena los problemas referidos respecto de la contravención de los principios de especialidad y proporcionalidad en relación con el decreto por la autoridad judicial de una medida de investigación limitativa de derechos fundamentales, pues es en esta clase de hallazgos donde se da la mutación del objeto del proceso y las cuestiones de conexidad o no entre el delito investigado y el descubierto —que se tratarán en detalle en (§§ 423-429)—, para caracterizar la noción de hallazgo casual que se maneja en este texto.

78. En cuanto al hallazgo casual de carácter subjetivo, lo cierto es que el descubrimiento de la participación en la actividad delictiva de sujetos distintos al investigado constituye una experiencia habitual en cualquier investigación criminal, aunque ello implique una variación del objeto del proceso, por lo que no cabría calificar tal descubrimiento como un ejemplo de los hallazgos casuales que se estudian aquí²³. Para que dicha variación del objeto del proceso sea significativa será necesario, como mínimo, que las actividades del sujeto no investigado inicialmente y descubiertas a través de la medida restrictiva de derechos fundamentales sean constitutivas de un delito distinto del que motivó la adopción de la misma. Por lo tanto, en realidad, los hallazgos casuales de carácter subjetivo se refieren a aquellos de carácter objetivo en los que, además, aparece un nuevo sujeto distinto a los ya investigados en el seno de la medida decretada, como presunto autor del delito ocasionalmente descubierto²⁴.

79. Desde esta perspectiva, tales hallazgos añaden problemas propios a los que se generan en los primeros mencionados. En particular, el de privar al presunto autor de la conducta casualmente descubierta de las posibilidades de defensa de las que puede gozar el investigado en el seno de la diligencia limitativa de derechos²⁵, en tanto que dicha medida no está

23. Así lo reconoce también F. J. ECHARRI CASI, en «Prueba ilícita...», *op. cit.*, cuando afirma que «en los casos en que aparece un nuevo imputado, parece difícil hablar de hallazgo casual».

24. En el mismo sentido, *Vid.* L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ed. Colex, 9.ª edición, Madrid, 1997, pág. 407, y J. A. DÍAZ CABIALE y R. MARTÍN MORALES, *La garantía constitucional...*, *op. cit.*, pág. 186. Cita jurisprudencia en relación con tales hallazgos casuales subjetivos J. A. DEL BARCO DELGADO, «Una aproximación a las reglas de tratamiento...», *op. cit.*, págs. 9 y 10.

25. Dice J. M. RIFÁ SOLER, en «Actos de investigación...», *op. cit.*, pág. 140, que «la intervención del imputado en la práctica de las diligencias de investigación que se practiquen es especialmente exigible y se fundamenta en la plena vigencia, en la fase de instrucción, del prin-

dirigida contra aquel, pues necesariamente se desconoce, al decretarla, su participación en hechos que no son el objeto de la investigación²⁶. La limitación de dichas posibilidades de defensa es mas clara en aquellas diligencias que se practican con conocimiento del investigado, como sucede en el caso de la entrada y registro en lugares cerrados, y plantea problemas específicos que se tratarán mas adelante²⁷.

cipio acusatorio y del derecho de defensa, de audiencia y de contradicción». No siempre los hallazgos casuales de carácter subjetivo presuponen la ausencia del inculcado por las evidencias encontradas de manera ocasional en la práctica de la diligencia limitativa de derechos realizada. *Vid.*, por ejemplo, el caso resuelto por la STS 91/1999, de 1 de febrero, Roj: ECLI:ES:TS:1999:542, en el que se practica, con autorización judicial, una entrada y registro en el domicilio de la madre del investigado, para la búsqueda de los efectos de los robos realizados por este en barcos del puerto de la localidad, encontrándose, sin embargo, en el mismo una bolsa de playa llena de pastillas de hachís, que sirve como prueba de cargo para condenar a la titular del domicilio a una pena de cuatro años de cárcel, la cual es confirmada después por el TS.

26. Sobre ello se hablará más adelante (§§ 338-343), al tratar el argumento de la regulación de los hallazgos casuales en la LECrim.

27. En la diligencia de intervención de las comunicaciones, dichas posibilidades de defensa pueden ejercerse solo a posteriori, como reconoce la STS 1313/2000, de 21 de julio: *«la exigencia del art. 120.3 CE está especialmente dirigida a proporcionar a la persona afectada por una resolución judicial las razones de la misma a los efectos del ejercicio del derecho al recurso. Por lo tanto, en los casos de resoluciones que se adoptan sin conocimiento del afectado y que este no puede recurrir, sino solo impugnar a posteriori para la exclusión de las pruebas obtenidas, como es el caso del auto que ordena la intervención telefónica, la motivación no tiene exigencias tan extremas como las que propone la recurrente. En efecto, la motivación de estos autos depende sobre todo del material en base al cual se han tomado las decisiones»* (F. J. 2). Ello obliga a la adopción de especiales cautelas, como afirma la STS 901/2009, de 22 de enero - ECLI:ES:TS:2009:412, al decir que *«Como quiera que el art. 11.1 de la LOPJ establece que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, y, por otra parte, las resoluciones judiciales restrictivas del derecho al secreto de las comunicaciones —por razones obvias— no son notificadas a las personas afectadas por ellas hasta el cese de las mismas, por lo cual estas no pueden recurrirlas hasta ese momento, recae fundamentalmente sobre las autoridades judiciales la grave obligación de respetar escrupulosamente las garantías legales y constitucionales de las medidas restrictivas de estos derechos»* (F. J. 1).

En el caso de la entrada y registro, la práctica de la diligencia puede realizarse con conocimiento del investigado, aunque este está condicionado a su propia efectividad, como reconoce la STS de 1 de febrero de 2011, Recurso: 1803/2010, F. J. 6.º, que establece que: *«Es evidente que la eficacia de una entrada y registro descansa en que el sujeto de la misma ignore tal medida hasta el mismo momento de su práctica».* En cualquier caso, al tratarse, en lo que he llamado hallazgos casuales subjetivos, de información referente a un tercero ajeno a la investigación en curso, tampoco en los supuestos de una entrada y registro en un domicilio va a existir la posibilidad de poner en conocimiento de ese tercero —cuya misma existencia al practi-

2. HALLAZGO CASUAL OBTENIDO EN EL CURSO DE UNA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIO Y HALLAZGO CASUAL OBTENIDO EN EL CURSO DE UNA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

80. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los hallazgos casuales ha elaborado una detallada doctrina en torno a los surgidos durante la práctica de las diligencias de investigación que afectan a los derechos reconocidos en el art. 18 CE, —fundamentalmente el derecho a la intimidad—, y que se concretan en la entrada y registro en domicilio y la de intervención de las comunicaciones. Como veremos más adelante, sin embargo, el tratamiento que dicha jurisprudencia da a dichos hallazgos es diferente conforme a la diligencia en cuyo seno se produzcan, desarrollando una línea de decisión respecto de los hallazgos encontrados durante la práctica de una entrada y registro en domicilio, y otra diferente en lo que respecta a las medidas de intervención de las comunicaciones y otras de carácter tecnológico, principalmente centradas en la realización por los agentes de policía de escuchas telefónicas. El hecho es que, como sabemos, esta diferencia ha trascendido del puro ámbito jurisprudencial, y ha pasado a la regulación procesal, a través de la consagración de la figura de los hallazgos casuales en la LECrim, pero sólo a los que se producen en el segundo tipo de diligencias de investigación aludidas. Con independencia de la descripción de los contenidos de esta incorporación normativa, y del tratamiento particular que la doctrina surgida de las decisiones del Tribunal Supremo sobre la materia, que se producirán en los capítulos quinto y sexto de este libro, puede hacerse ahora una breve mención a las razones del diferente régi-

car el registro se desconoce en muchos casos— la realización de dicha diligencia. Esto puede ser razón para declarar la ilicitud de lo encontrado casualmente en un registro cuando afecta a un tercero ajeno a la investigación en curso, como atestigua la STS de 14 de julio de 2021, Sala Tercera, núm. 1027/2021, REC: 3895/2020, ECLI:ES:TS:2021:2982. Esta sentencia versa sobre evidencias casualmente encontradas en un registro acordado en el seno de un procedimiento de inspección tributaria, y que afectan a un tercero ajeno a dicha inspección. El hecho es que la recogida de tales evidencias es declarada nula por la jurisdicción penal, por vulneración de los derechos fundamentales de los afectados por el registro, pero ello no afecta al tercero nombrado, por emprenderse frente a él un procedimiento sancionador. En ella se advierten los particulares problemas que se generan en esta clase de hallazgos casuales subjetivos, puesto que, como subraya la sentencia de instancia que se cita, el sujeto inculcado por las fuentes de prueba casualmente descubiertas no es titular del derecho fundamental afectado por la diligencia de investigación en que se encuentra —es decir, no es el titular del domicilio registrado— por lo que no puede invocar su vulneración.

men jurídico aplicable a los descubrimientos ocasionales producidos en el seno de ambos tipos de diligencia.

81. La distinción entre el valor de los descubrimientos ocasionales en función de la diligencia en que se encuentren puede hallarse en numerosas sentencias de nuestro Alto Tribunal, como por ejemplo la STS 1110/2010, de 23 de diciembre, ECLI:ES:TS:2010:7314), la cual afirma que *«Es cierto que esta Sala, trasladando su doctrina sobre las escuchas telefónicas a la entrada y registro, resolvió algunos supuestos bajo un denominado principio de especialidad, concepto, a su vez, trasladado de la extradición. La jurisprudencia más reciente abandona dicha interpretación jurisprudencial destacando las diferencias existentes entre la intervención telefónica y la entrada y registro, tanto por la distinta afectación de una y otra diligencia sobre la intimidad, verdaderamente más intensa y directa en la intervención telefónica, como por la prolongación temporal de una y otra injerencia, pues la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración que se prolonga a un mes susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintos (SSTS 28-4-1995 y 7-6-1997)»*²⁸.

82. Las razones, por tanto, del diferente tratamiento de las evidencias casualmente encontradas en cada una de tales diligencias, son dos. Por un lado, la *«distinta afectación de una y otra diligencia sobre la intimidad, verdaderamente más intensa y directa en la intervención telefónica»*, y por otro, la duración temporal, más prolongada en el caso de estas últimas. Tales razones han sido justamente criticadas, fundamentalmente la primera de ellas²⁹, pues no resulta convincente la generalización apriorística respecto de la mayor incidencia sobre el derecho constitucional descrito en la afirmación reseñada³⁰. Más convincente resulta seguramente el segundo motivo, respecto de la prolongación temporal de las escuchas, en relación

28. STS 1110/2010, de 23 de diciembre, ECLI:ES:TS:2010:7314).

29. Argumentan J. A. DÍAZ CABIALE Y R. MARTÍN MORALES, en *La garantía constitucional...*, op. cit., que *«parece, no obstante, enormemente arriesgado graduar de esta manera las intromisiones en la intimidad. La intimidad es un derecho que no se puede medir con cinta métrica, un derecho difícilmente estandarizable, uno de esos derechos particularmente casuísticos. Puede resultar que los objetos a los que se refiere el Tribunal Supremo en el caso del registro domiciliario incidan en una esfera de la intimidad que el imputado desee preservar para sí con mucha más razón que el contenido de cualquier comunicación, de la que, de entrada, ya estará haciendo partícipe a otra persona»* (pág. 182).

30. Vid., así la FJ 5 STS 17/2014, de 28 de enero (Roj.: 202/2014), que omite el criterio de la intensidad para mencionar solo el temporal cuando justifica el diferente tratamiento de los hallazgos en ambas clases de diligencias.

con la entrada y registro, que se realiza en unidad de acto, lo cual incide directamente en la oportunidad de los agentes de acudir a la autoridad judicial para la ampliación de la autorización, o del dictado de una nueva que permita la investigación del nuevo delito descubierto por casualidad³¹. Incluso pueden aportarse criterios adicionales, no citados en la jurisprudencia que distingue entre ambas diligencias en materia de hallazgos casuales, que también sirven para justificar el diferente tratamiento que merecen los descubrimientos encontrados en el curso de un registro de un domicilio respecto de los que se hallen durante la práctica de una medida de intervención de las comunicaciones. Así, los referidos en el punto anterior (§§ 76-79) respecto de la imposibilidad de que en esta última pueda estar presente la persona investigada, para comprobar que se practica con todas las garantías (cosa que si es posible en el registro de un domicilio) o los problemas que la grabación de las conversaciones del investigado plantea en relación con el derecho a no declarar contra uno mismo.

83. Lo cierto es que, con independencia de estas precisiones, los hallazgos casuales reciben un tratamiento diferente por la doctrina jurisprudencial que es objeto de estudio en este trabajo, el cual ha sido además confirmado por la incorporación de un nuevo art. 579 bis.3 en la LECrim, de manera que el estudio de ambos regímenes en función de la diligencia en que se hayan producido es obligado. Ha de hacerse notar, en todo caso, que el enfoque de esta investigación es el de contemplar el hallazgo casual como una noción única, con independencia de la medida de investigación en el que surja la evidencia casualmente descubierta. Ello motiva que el estudio de la figura se haga conjuntamente, y que solo se realice de manera compartimentalizada cuando resulte obligado, como es el caso del estudio del régimen legal incorporado por el art. 579 bis de la LECrim, que se hará en el capítulo quinto de este libro.

III. EL HALLAZGO CASUAL EN EL PROCESO

84. Después de definir los elementos esenciales de los hallazgos casuales en el desarrollo de una investigación criminal, establecer sus cla-

31. Aunque también en este aspecto pueden argumentarse, como hacen los últimos autores citados en la misma obra, que «*también en una intervención domiciliaria de acto único puede ser posible y exigible el acudir en búsqueda de aquella ampliación. Tal es el caso, por ejemplo, del hallazgo casual referido a un delito de efectos permanente, donde, al no concurrir la nota de la urgencia, lo normal es que no exista problema alguno para interrumpir la actuación, tomando las precauciones oportunas, y acudir en busca de la pertinente ampliación de la autorización judicial*» (pág. 184).

ses, y antes de diferenciar esta figura de otras que presentan un perfil cercano o similar, puede ser conveniente incluir una breve caracterización de estos desde una perspectiva procesal, a efectos de incidir en varias circunstancias que resultan definidoras desde esta perspectiva, y cuyo tratamiento en este punto de la investigación puede resultar de ayuda para un mejor entendimiento de lo que luego se dirá. Así, me detendré brevemente en el carácter de tales hallazgos como fuentes de prueba, y en la distinción entre valor investigador y probatorio de lo encontrado.

1. LOS HALLAZGOS CASUALES COMO FUENTES DE PRUEBA

85. Al hablar de los hallazgos casuales, me refiero a ellos como evidencias, indicios, evidencias probatorias o fuentes de prueba. Esta última es seguramente la manera más precisa de identificarlos. Se trata así de elementos de la realidad extraprocesal, obtenidos en la práctica de una medida de investigación durante la fase inicial del procedimiento criminal, y que aportan información relevante sobre la realización de una conducta punible. Con independencia de que se utilicen en ese mismo proceso o en otro diferente, si se aspira a que alcancen valor probatorio, habrán de introducirse en la fase de plenario a través del medio de prueba pertinente, que será simplemente el instrumento para hacerlos valer procesalmente³².

32. Como es sabido, y siguiendo la doctrina clásica, la distinción entre fuentes y medios de prueba, alude, a efectos probatorios, entre lo que ya existe en la realidad de modo previo al inicio del proceso (la fuente), y el modo en que ello se aporta al mismo (el medio). Desde esa perspectiva, la fuente es un elemento de la realidad, extrajurídico, mientras que el medio es un concepto jurídico de carácter específicamente procesal. Vid. J. MONTERO AROCA, en *La prueba...*, *op. cit.*, págs. 108 y 109, el cual remonta la distinción a Carnelutti, y su desarrollo a Sentís Melendo, como aclara T. ARMENTA DEU, en *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, Marcial Pons, 2.^a ed., 2012, pág. 23: en concreto, F. CARNELUTTI, *La prueba civil*, Buenos Aires, 1955, págs. 65 a 70; S. SENTÍS MELENDO, «Fuentes y medios de prueba», en *La Prueba*, Buenos Aires, Ejea, 1978, págs. 144 y ss. Así, «la distinción conceptual entre fuentes y medios arranca de la constatación de que en el proceso se realiza una actividad de verificación, y de que para que ésta sea posible tiene que existir algo con lo que verificar; ese algo no puede crearse desde la nada en el proceso, sino que tiene que preexistir al mismo. El medio de prueba es así esencialmente actividad, actuación procesal por la que una fuente se introduce en el proceso» Vid. J. MONTERO AROCA, en *La prueba...*, *op. cit.*, pág. 109 y 110. De tal modo, en toda prueba existen dos elementos: fuente y medio, que configuran el elemento material de la realidad objeto de la actividad probatoria, y la actividad probatoria en sí misma considerada sobre dicha fuente. La distinción es relevante porque el régimen jurídico aplicable a las fuentes y a los medios de prueba no es el mismo. Los medios se configuran como actividad procesal, y como tal, están tasados, y deberán proponerse y practi-

86. El que se trate tales hallazgos como fuente de prueba no quiere decir que los mismos hayan de tener forzosamente naturaleza probatoria, puesto que, como se verá la pueden tener meramente investigadora. Así, cuando el descubrimiento fortuito consista no en evidencias que sirvan

carse exactamente en la forma establecida por las leyes procesales. *Vid.* J. MONTERO AROCA, en *La prueba...*, *op. cit.*, «Si los medios de prueba son fundamentalmente actividad, esto es, si en ellos se regula la actividad que es preciso realizar para incorporar una fuente al proceso, dicho está que los medios tienen que ser siempre y necesariamente *numerus clausus* por la consideración elemental de que las únicas actividades posibles en el proceso son las reguladas en la ley, dado que la actividad jurisdiccional está sujeta al principio de legalidad, como se desprende inequívocamente del artículo 1 de la LEC. No cabe imaginar cómo podría el juez realizar una actividad no prevista en la ley y, mucho menos, atribuirle facultades discrecionales para conformar el proceso según le pareciera conveniente» (pág. 111). En tal sentido, los problemas que plantean son de pura legalidad, en cuanto al cumplimiento o no de las previsiones legales en el caso de su práctica, y de admisibilidad, en cuanto a su pertinencia y utilidad. En cambio, las fuentes de prueba plantean problemas, desde la perspectiva del proceso, en orden a su obtención y de la licitud de la misma. *Vid.* J. MONTERO AROCA, en *La prueba...*, *op. cit.*, págs. 113 a 123, y 124. La licitud de la obtención de las fuentes de prueba reenvía a un argumento que ha merecido atención especial en este texto, el de la prueba ilícita, en los casos en que dicha obtención se ha producido con afectación de derechos y libertades fundamentales.

Las anteriores afirmaciones son válidas para cualquier clase de proceso; sin embargo, en el penal, la diferencia entre fuentes y medios de prueba tiene un perfil específico, en tanto que aquellas son captadas a través de los medios de investigación que se desarrollan en la fase de instrucción del mismo, mientras que los segundos solo pueden producirse, salvo en los casos de la prueba preconstituída y anticipada, en la fase de plenario o enjuiciamiento. En tal sentido, la clarificación del carácter de estas diligencias de investigación y su diferenciación con la actividad probatoria que se realiza en la fase de enjuiciamiento será importante para comprender el modo en que las fuentes de prueba son obtenidas y se aportan al proceso. En cualquier caso, la especial estructura del proceso penal, conforme a la cual la búsqueda de fuentes de prueba corresponde de oficio al juez de instrucción con la colaboración de la policía y de las partes, y no a las partes del proceso, como en el proceso civil, provoca que a menudo se confundan los actos de investigación llevados a cabo por dichas autoridades con las fuentes de prueba que se van a aportar al proceso. Véase, por ejemplo, J. MUÑOZ CUESTA, *La prueba en el proceso penal*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2020, pág. 10: «Las fuentes de prueba son los actos de investigación documentados que no tienen el carácter de prueba, siempre valorable por el tribunal, hasta que no son reproducidos o practicados en la vista oral. Una fuente de prueba es una declaración testifical en fase de instrucción, en la que la víctima relata lo que se conoce del delito y sus partícipes, que cuando acude al juicio oral y es sometida a los principios citados pasa a tener valor de prueba...». En realidad, conforme a las definiciones propuestas aquí, la declaración testifical no se trataría de una fuente de prueba, sino de un medio de investigación, siendo la fuente el testigo y su conocimiento de la realidad, mientras que el medio de prueba será el desarrollado en el juicio oral conforme a las precisiones contenidas en los arts. 701 y ss. de la LECrim.

como prueba de cargo, sino en indicios que pueden servir como «*notitia criminis*» para la incoación de una nueva investigación penal, el carácter de tales indicios será no tanto el de una fuente de prueba, sino mas bien el de una «fuente de información»³³.

87. La caracterización de los hallazgos casuales como fuentes de prueba permite, entonces, diferenciarlos del concreto medio que se emplee para su inclusión en el proceso, y así identificar los problemas específicos que plantean en su seno. Así, los medios se configuran como actividad procesal, y como tal, están tasados, y deberán proponerse y practicarse exactamente en la forma establecida por las leyes procesales, por lo que los problemas que generan, en cuanto al cumplimiento o no de las previsiones legales en el caso de su práctica, son de pura legalidad, y en cuanto a su pertinencia y utilidad, de admisibilidad. En cambio, las fuentes de prueba hacen surgir problemas en orden a su obtención y la licitud de la misma, y reenvían a la cuestión, en el caso de que se vean afectados derechos fundamentales, de la prueba ilícita.

88. En tanto que fuente de prueba, lo casualmente encontrado tendrá una diferente naturaleza dependiendo de la diligencia de investigación restrictiva de derechos fundamentales en cuya práctica se haya producido. Así, en el supuesto de una diligencia de intervención de las comunicaciones, en caso de interceptación de las comunicaciones telefónicas, o la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, por ejemplo, el hallazgo casual consistirá en la información captada de una o varias comunicaciones de teléfono o de la

33. La noción de «fuente de información» se maneja por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, así, por ejemplo, la STS 228/2017, de 3 de abril: «*En el supuesto de que lo conculcado sea la inviolabilidad del domicilio, no podrá ser valorado el hallazgo mismo obtenido por tal espuria fuente. La significación de su obtención indirecta es más complicada de establecer, pero ha de ser referida a las pruebas obtenidas mediante la utilización de fuentes de información, esto es, que tales pruebas ilícitas no pueden servir de fuente de información para convalidar una actividad probatoria derivada de la primera, conectada de forma inferencial con respecto a esta última*». Y dice posteriormente, en otro fundamento jurídico, que «*La prohibición de valoración referida a las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas tiene que constituir la regla general, que solo cabe exceptuar, conforme a la citada doctrina constitucional, cuando concurra un supuesto específico de desconexión, que debe constatarse en cada caso, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización*». Cuando la sentencia habla de «*fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas*», el significado de «*pruebas*» es equivalente al de «*medios de investigación*», y no al de «*medios de prueba*», como es evidente.

realización de una conversación entre los sujetos investigados, en la que se dé cuenta de indicios relevantes en relación con la comisión de un hecho delictivo distinto del que provocó la adopción de la medida de investigación y desconocido hasta entonces para los investigadores. En tal sentido, el descubrimiento se concretará en información sobre la comisión de tal delito, y se contendrá y archivará en una grabación cuyo soporte físico dependerá del instrumento utilizado para realizarla (podrá tratarse así de una cinta magnética de audio o de un archivo informático, por ejemplo), y que podrá llevar a la adopción de otras medidas de investigación limitativas también de derechos fundamentales —como una entrada y registro de un domicilio—, para la incautación de evidencias materiales que podrán tener el carácter de prueba de cargo, y que serán habitualmente instrumentos o efectos del delito³⁴. En el supuesto de una diligencia de entrada y registro de domicilio, sin embargo, lo recabado también podrá consistir en evidencias materiales de la comisión del delito, como efectos o instrumentos del mismo, por ejemplo³⁵ (una cantidad de sustancias estupefacientes, un arma, joyas y otros objetos de valor producto de un robo, etc.)

-
34. Es frecuente, así, el siguiente esquema de acontecimientos: a través de una escucha telefónica en investigación de un delito diferente, la policía llega al conocimiento de la realización de una actividad criminal de la que no tenía constancia: por ejemplo, la posesión de un cargamento de cocaína con fines de venta. En la conversación grabada se desvela el lugar donde está escondido el cargamento, de manera que la policía, a partir de esa información, registra el domicilio del sospechoso, y encuentra la sustancia estupefaciente, o incauta el material objeto de tráfico ilegal y decreta a su vez la práctica el registro del domicilio del investigado. Esto es válido para cualquier tipo de delito casualmente descubierto, y no solo los relacionados con el tráfico de sustancias estupefacientes. *Vid.*, las sentencias, entre muchas, STC 41/1998, de 24 de febrero; STS 296/2013, de 12 de abril, (Roj:1846/2013); STS 383/2016, de 5 de mayo, (Roj: 2778/2016); STS 25/2008, de 29 de enero, (Roj: 669/2008); STS 811/2015, de 9 de diciembre (Roj: 5213/2015); STS 372/2010 de 29 de abril (Roj: 2110/2010); STS 901/2009, de 22 de enero (Roj: 412/2009);
35. Ello explica la importancia del requisito de la flagrancia delictiva para la incautación de tales evidencias, como luego se verá. Dice I. NADAL GÓMEZ, en «El régimen de los hallazgos casuales...», *op. cit.*, pág. 66, respecto de lo hallado casualmente en el curso de un registro domiciliario, que «*el tipo de descubrimiento ya constituye una fuente de prueba en sí misma, puesto que se trata del cuerpo del delito o de un efecto del mismo, que será introducido en el juicio como prueba de aquél. Así ocurre cuando se descubren armas, drogas o efectos relacionados con las mismas o documentación falsa. De este modo, una vez ocupados tales efectos, surgen efectos probatorios por sí mismos (...)* En otras ocasiones, sin embargo, puede que el hallazgo constituya el origen de nuevas diligencias de investigación, restrictivas o no de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, cuando la aparición de alguna documentación falsa sirva de punto de partida para la investigación de una organización dedicada a introducir a personas en el país ilegalmente utilizando dicha documentación».

que pueden constituir pruebas de cargo que utilizar en el plenario contra el acusado.

89. El modo de hacer valer tales fuentes de prueba en el proceso, a través de los correspondientes medios —por ejemplo a través de la declaración de los policías que realizaron el registro en el que el hallazgo fortuito se produjo, o que realizaron la intervención de las comunicaciones telefónicas, o a través de la transcripción de la grabación de las conversaciones captadas, o la configuración de tales medidas de investigación como prueba preconstituida en el momento de realizarse— será importante para la entrada en el proceso de la evidencia casualmente hallada, pero su estudio corresponde al de las concretas diligencias en las que tienen lugar³⁶.

2. EL VALOR PROBATORIO Y EL VALOR INVESTIGADOR DEL HALLAZGO CASUAL

90. Se verá en el capítulo quinto cómo el art. 579 bis LECrim diferencia entre el valor investigador y probatorio de lo recabado en una medida de intervención de las comunicaciones practicada en un procedimiento distinto de aquel donde se quiere hacer valer. La distinción entre ambas

36. En cuanto a la distinción entre fuente de prueba y medio de prueba que la hace valer en el proceso, puede ser útil mencionar a modo de ejemplo, la STS 383/2016, de 5 de mayo (Roj: 2768/2016), en relación con escuchas telefónicas provenientes de otro proceso, y su utilización como fuente de prueba en un procedimiento distinto. Dice así que «Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas». En relación con la práctica de la prueba, establece que «En el caso actual el Tribunal sentenciador dispuso de una prueba de cargo suficiente, y la ha valorado razonablemente. El acervo probatorio, como señala la sentencia de instancia, ha consistido en las conversaciones telefónicas, que el Tribunal reseña minuciosamente, las testificales policiales practicadas, las actas de entrada y registro en los domicilios de Getafe, Majadahonda y Villanueva del Pardillo y el acta de aprehensión de la droga en el vehículo, junto con los informes periciales», para centrarse en las referidas escuchas y decir que «Las conversaciones telefónicas, debidamente introducidas en el acto del juicio oral, son reveladoras de una actividad profesional dedicada al tráfico de estupefacientes (...) Las conversaciones y sms fueron debidamente introducidas en el juicio, bien a través de la prueba de interrogatorio de los acusados o bien mediante su audición o lectura, constanding debidamente testimoniadas en la causa».

categorías presupone en ambos casos otorgar un ámbito de validez, menor o mayor, a lo descubierto de manera fortuita³⁷.

a. La regularidad de la práctica de la diligencia de investigación original y la consistencia probatoria de lo encontrado casualmente

91. Así que, inicialmente, para poder interrogarse sobre el valor del hallazgo casual como medio de investigación o de prueba (utilizando la terminología del precepto citado) se ha de partir necesariamente de la regularidad de la práctica de la diligencia de intervención de los derechos fundamentales llevada a cabo³⁸, en cuyo seno ha sido casualmente descubierta la fuente de prueba que apunta a la comisión de un delito distinto al inicialmente investigado, e igualmente, de la licitud de lo encontrado de esta forma. A partir de esas condiciones, el alcance probatorio del que dotar a lo encontrado puede ser distinto: desde darle el valor de una simple información que apunta a la existencia de un crimen diferente al que ha justificado la adopción de la medida de investigación, de manera que sirva como «*notitia criminis*» para iniciar una nueva investigación, hasta el de atesorar pleno valor, y servir como prueba de cargo incluso, para fundamentar una condena en el proceso que se inicie como consecuencia de su aparición.

92. A propósito de la mención del eventual carácter de lo descubierto ocasionalmente como prueba de cargo, es legítimo plantearse si su valor investigador o probatorio está conectado con la consistencia de lo que se encuentra, tal y como hace algún autor que se ha acercado a la materia³⁹. Y la respuesta es que ha de admitirse que el carácter de lo encon-

37. La distinción entre el valor probatorio o meramente investigador de las evidencias casualmente encontradas durante la práctica de una diligencia de investigación restrictiva de derechos fundamentales es habitualmente utilizada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Véase, por todas, la STS 25/2008, de 29 de enero, ECLI:ES:TS:2008:669.

38. Lo que habrá de incluir, como se acaba de ver, la constancia en el proceso de destino de la documentación en que se sustentan las resoluciones judiciales legitimadoras de la citada intervención sobre los derechos fundamentales.

39. Vid. R. NÚÑEZ; R. BELTRÁN, N. SANTANDER, «Los hallazgos casuales en las diligencias de incautación e intervención de las comunicaciones digitales en Chile. Algunos problemas», en P. GONZÁLEZ GRANDA (Dir.), *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*, Reus, Madrid, 2020, que citan una decisión del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio (Chile), causa RUC 0700392681-2, del 5 de diciembre de 2007, la cual afirma que «*deben asir los objetos*

trado —como simples informaciones que conducen a ulteriores fuentes de prueba susceptibles de introducirse en el proceso a través del medio correspondiente, o en cambio, como evidencias con valor probatorio por sí mismas— es relevante a efectos procesales, en tanto que las garantías exigidas para su inclusión en el proceso son distintas, menores respecto de las informaciones sin valor probatorio directo⁴⁰. Se pregunta aquí, por tanto, si lo encontrado casualmente ha de tener una mínima consistencia para ser considerado hallazgo casual, y hacer entrar los problemas que resuelve la doctrina jurisprudencial que lo trata⁴¹.

93. Con independencia de lo que luego se dirá al hablar del elemento de la flagrancia delictiva en relación con los descubrimientos producidos durante la práctica de una diligencia de entrada y registro en domicilio (§§ 470-483), es difícil dar una respuesta negativa a la pregunta recién planteada, y no lo es constatar que lo casualmente descubierto debe tener una mínima apariencia delictiva para hacer surgir las cuestiones que aquí se formulan. Y ello por la simple razón de que ha de tratarse verdaderamente de un hallazgo no buscado, lo que presupone la presencia, en la información o efecto probatorio encontrado fortuitamente, de elementos de criminalidad palmarios, que no requieran del desarrollo de ninguna actividad inquisitiva por los agentes que lo encuentran. De producirse dicha actividad de indagación, la misma lo haría fuera de los límites de la autorización judicial que justifica la medida de limitación de los derechos fundamentales del sujeto investigado, y por tanto estaría aquejada de ilicitud pro-

encontrados que son en sí, constitutivos de crimen o simple delito, a diferencia de aquellas cosas que se encuentran en un lugar y permiten la sospecha del acaecimiento de un hecho punible (...) dado que resulta evidente que existen objetos que la mera tenencia de ellos da cuenta de un injusto, mientras que hay que son meramente indiciarios de lo mismo no requiriéndose, en consecuencia, de una nueva orden judicial que autorice la restricción» (Pág. 37).

40. *Vid.*, a simple modo de ejemplo, la STS 372/2010, de 29 de abril, (Roj: 2110/2010) en relación con los «soplos» de confidentes de la policía: «Es cierto que en relación a las noticias confidenciales, hemos dicho (...) que en la fase preliminar de las investigaciones, la Policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (Sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989, Sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990)».
41. Entendiendo en todo caso, como se ha dicho, que lo encontrado apunta a la realización de una conducta delictiva distinta de la investigada. Los supuestos en que los indicios lo son no de una conducta criminal, sino de un comportamiento tipificado como infracción administrativa, no son objeto de atención en esta investigación.

batoria⁴². Así que, dado que el hallazgo casual, para serlo, ha de indicar la presencia de una conducta criminal distinta a la investigada sin intervención para su averiguación de los agentes que practican la diligencia, tal conducta ha de presentarse de manera evidente, no bastando una mera sospecha o indicio de carácter indeterminado o inconcluyente⁴³.

94. Esta consecuencia es relevante, en tanto que el problema descrito no discurre exclusivamente en el terreno de la simple especulación, sino que plantea interrogantes con repercusión en las concretas medidas a adoptar por el juez en la persecución de la información revelada por las evidencias encontradas de manera ocasional. En consonancia con el entendimiento que se hace en este texto del art. 579 bis.3 de la LECrim (§§ 318-330), ante el descubrimiento de dichas evidencias, el juez debe decidir, a la vista de los antecedentes en la intervención del derecho al secreto de las comunicaciones, si dictar o no una nueva medida de intervención que continúe la anterior para seguir investigando lo encontrado por casualidad. Por ello, una de las cuestiones a valorar por el juez será, sin duda, si lo encontrado tiene la suficiente entidad para iniciar una nueva investigación criminal, lo que incluirá la ponderación de la gravedad del nuevo delito descubierto en relación con la necesaria proporcionalidad de la medida a adoptar respecto de la invasión de los derechos fundamentales del investigado⁴⁴.

42. Véase el epígrafe correspondiente dedicado a la flagrancia como criterio de validación dentro de la doctrina del hallazgo casual (§§ 469-483).

43. De una opinión parecida son R. NÚÑEZ; R. BELTRÁN, N. SANTANDER, «Los hallazgos casuales en las diligencias de incautación e intervención de las comunicaciones digitales en Chile. Algunos problemas», *Polít. Crim.* Vol. 14, No 28 (Diciembre 2019), Art. 4, págs. 152-185. [<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/11/Vol14N28A4.pdf>], que afirman en la pág. 172 que «*En efecto, en algunos fallos se ha sostenido que los hallazgos casuales, dado su carácter impensado o no previsible, por sí solos no evidencian la comisión de un delito en un grado de certeza suficiente, sino que se trata de simples sospechas de un ilícito. De ahí que, en todos aquellos casos en los cuales aparezcan antecedentes fácticos que pudieran estar relacionados con la existencia de otro hecho punible distinto del que constituyere la materia principal del procedimiento, no se verifique necesariamente un hallazgo casual en los términos de las normas antes analizadas, sino de una actuación de oficio desplegada por la policía que actúa de forma legal ante un hecho delictivo sorprendido en flagrancia*». En cualquier caso, a estos efectos habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 284.1 LECrim.

44. Dice así la STS 372/2010 de 29 de abril, (Roj: 2110/2010) «*Si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera "notitia criminis" y se deducirá testimonio para que, siguiendo las normas de*

ESTUDIOS

Es posible que, durante la práctica de una diligencia de investigación limitativa de derechos fundamentales —como un registro domiciliario, o unas escuchas telefónicas, o el registro remoto de equipos informáticos, por ejemplo— se produzca el hallazgo inesperado de fuentes de prueba de un delito distinto del que se investigaba.

Estos «hallazgos casuales» plantean numerosos interrogantes en relación con su valor probatorio o investigador, que este libro se encarga de abordar. El estudio detallado del tratamiento legal, y jurisprudencial de esta figura, tras la introducción en 2015 de los arts. 579 bis y 588 bis i) en la LECrim, o la diferente consideración que se les otorga conforme a la diligencia en que tienen lugar, son algunos de ellos.

La solución de dichos problemas, en cualquier caso, depende en última instancia del alcance de la regla de exclusión probatoria reconocida en el art. 11.1 de la LOPJ. En consecuencia, la regulación de la prueba ilícita y el tratamiento de los interrogantes que plantea en relación con los hallazgos casuales, o su previsión en el proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, reciben una atención especial en este trabajo, en particular tras la nueva configuración que se otorga a dicha regla en la STC 97/2019.

Se trata, en suma, de una obra que aborda cuestiones importantes del Derecho probatorio, y cuya lectura puede resultar de utilidad tanto a jueces, abogados, y otros operadores jurídicos, como a estudiosos del Derecho en general.

ISBN: 978-84-1085-727-8

