

## **PROBABLE CAUSE Y LA CUARTA ENMIENDA DE LA CONSTITUCIÓN ESTADOUNIDENSE: UNA GARANTÍA TAN IMPRECISA COMO NECESARIA**

Prof. Dra. Lorena Bachmaier Winter

Catedrática Derecho Procesal  
Universidad Complutense de Madrid

**RESUMEN:** El objetivo de la Cuarta Enmienda es proteger el derecho a la libertad y a la intimidad de todos los ciudadanos frente a intromisiones no legítimas por parte del Estado. Solo si las autoridades (la policía) acreditan que hay suficientes elementos —lo que en el sistema español denominaríamos indicios racionales— que apuntan hacia la probable comisión de un delito o a la probabilidad de hallar pruebas en un domicilio, esa intromisión podría ser conforme con la Cuarta Enmienda. El concepto de *probable cause* en el derecho de Estados Unidos de América no es un mero estándar de prueba, pues se trata de un elemento consustancial a la propia noción de *rule of law* o Estado de derecho. Pero la Cuarta Enmienda no define qué es *probable cause*, y la jurisprudencia solo ha podido llegar a afirmar que se trata de un estándar que supera lo que sería una mera sospecha, pero que se ubica claramente por debajo del grado de certeza que se requiere para condenar a un acusado. Dentro de ese amplio rango, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha reconocido que lo determinante será realizar un cálculo de probabilidades. Aquí pretendo reflejar en primer lugar cuál es el significado que la jurisprudencia norteamericana ha otorgado a este concepto y poner de manifiesto cómo la *probable cause*, más allá de su consideración o no como estándar probatorio, es una garantía constitucional que adquiere una relevancia aún mayor en la sociedad digital.

**PALABRAS CLAVE:** Cuarta Enmienda, *probable cause*, proceso penal, estándares de prueba, derechos constitucionales, sospecha razonable, algoritmos, *rule of law*.

## PROBABLE CAUSE AND THE FOURTH AMENDMENT: A MUCH UNDEFINED CONSTITUTIONAL SAFEGUARD

**ABSTRACT:** The aim of the Fourth Amendment of the US Constitution is to protect the right to liberty and privacy of all citizens against illegitimate interferences by the executive. Only if the police proves that there are sufficient factual elements that show the probability that a crime has been committed or is being committed, or of finding evidence of a crime, such interference would be in accordance with the Fourth Amendment. The concept of probable cause in the United States is not only a standard of proof since it is a core element of the notion of the rule of law. However, the Fourth Amendment does not define what probable cause is, and the case law has only been able to affirm that it is a standard that exceeds what would be a mere suspicion, and that it is clearly below the degree of certainty that is required to convict a defendant. Within this wide range, the US Supreme Court has recognized that the determining factor will be a calculation of probabilities. In this paper I intend to reflect, in the first place, on the meaning of probable cause in the US Supreme Court case law, and to show the importance of this constitutional safeguard, beyond its consideration or not as a standard of proof, which has a growing relevance in the digital society.

**KEYWORDS:** Fourth Amendment, *probable cause*, criminal procedure, standards of proof, constitutional rights, reasonable suspicion, suspicion algorithms, rule of law.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: *PROBABLE CAUSE*, ERA DIGITAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES—. 2. *PROBABLE CAUSE* Y CUARTA ENMIENDA CONSTITUCIONAL—. 3. EL IMPRECISO SIGNIFICADO DEL ESTÁNDAR DE *PROBABLE CAUSE*—. 4. ALGUNAS PRECISIONES DE LA JURISPRUDENCIA: *PROBABLE CAUSE* EN DETENCIONES Y REGISTROS—. 5. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE *PROBABLE CAUSE*—. 6. BREVE REFERENCIA AL ESTÁNDAR DE *PROBABLE CAUSE* EN EL ÁMBITO EUROPEO—. 7. A MODO DE CONCLUSIÓN—. BIBLIOGRAFÍA.

### 1. INTRODUCCIÓN: *PROBABLE CAUSE*, ERA DIGITAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

La transformación operada en nuestras vidas debido a la creciente y casi continua presencia de las tecnologías de información y comunicación tiene un natural reflejo en el ámbito de la investigación y persecución penal. Si vivimos en una sociedad digital y las actividades y conductas de las personas —tanto lícitas como ilícitas— se desarrollan en gran parte —o del todo— en un mundo de sistemas electrónicos, ello necesariamente implica que también será en esa esfera donde se encuentren muchos de los elementos probatorios para investigar y enjuiciar conductas penales. Dicho de otro modo: el acceso a los datos digitales resulta hoy crucial para el desarrollo de un alto porcentaje de los procesos penales, y todo indica que esa tendencia no hará más que incrementarse. Pero el acceso a esos datos no siempre es fácil, sobre todo si no se almacenan en el territorio donde se lleva a cabo la investigación. A ello hay que

añadir que, si tal acceso no se realiza con respeto a la legalidad y los derechos fundamentales, y con garantías de integridad y autenticidad, no tendrá eficacia probatoria.

En ese contexto resulta de enorme relevancia que, el 29 de noviembre de 2022, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea lograran concluir un acuerdo político con Estados Unidos sobre el nuevo marco normativo para el acceso de pruebas electrónicas en toda la Unión Europea. Este acuerdo, fruto de una ardua y larga negociación, es un primer paso hacia la adopción de una normativa europea que regule la obtención de prueba electrónica ubicada en Estados Unidos o bajo el control de una compañía estadounidense, sin que ello implique una merma de los derechos fundamentales de los titulares de esos datos electrónicos. Pero ¿qué tiene que ver esto con la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (en adelante Cuarta Enmienda) y la *probable cause*?<sup>1</sup>

Este acuerdo y la futura adopción del Reglamento sobre la orden europea de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal<sup>2</sup>, permitirá obtener la prueba electrónica directamente de las compañías de servicios digitales, a través de sus representantes legales. Actualmente las autoridades judiciales que investigan un delito cometido en territorio europeo y que requiere acceder a datos electrónicos que, por ejemplo, se encuentran en poder de Google o de Facebook o de Twitter, han de requerir esos datos a Estados Unidos; esto es, han de recurrir a los siempre complejos mecanismos de asistencia legal mutua internacional. Este sistema, basado en los tradicionales mecanismos convencionales del derecho internacional público, además de ser lento y complejo, con intervención de autoridades judiciales y gubernativas, implica que un juez estadounidense analice cada petición y compruebe que se cumplen los requisitos establecidos en el derecho norteamericano para acceder a esos datos, pues se trata, en definitiva, de autorizar una intromisión en la esfera de la privacidad de un ciudadano. El juez, por tanto, valorará si existe *probable cause*, conforme a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo estadounidense (en adelante TS USA), antes de autorizar la entrega de los datos solicitados.

Esto significa que, aun desde esa perspectiva, el alcance de la cláusula de *probable cause* contenida en la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos tiene un impacto indudable en los sistemas jurídicos europeos y, en particular, en nuestra justicia penal.

---

<sup>1</sup> Por razones de claridad y para evitar confusiones con conceptos semejantes en otros ordenamientos jurídicos, en este trabajo se ha optado por mantener el término *probable cause* sin traducir. También por razones de claridad para el lector de habla española el contenido de las sentencias de tribunales estadounidenses se ha traducido al español (traducción libre de la autora). No obstante, el lector encontrará otros textos que se mantienen en la lengua original inglesa por resultar más preciso o ilustrativo. En relación con la utilización del masculino genérico (p. ej., en términos como lector, abogado o sospechoso), se han seguido aquí las pautas de la Real Academia Española sobre lenguaje inclusivo y cuestiones conexas, evitando así duplicaciones innecesarias. El informe está accesible en: [https://www.rae.es/sites/default/files/Informe\\_lenguaje\\_inclusivo.pdf](https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf).

<sup>2</sup> Vid. la Propuesta de Reglamento sobre la orden europea de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, de 17 abril 2018, COM(2018) 225 final.

Pero su relevancia va mucho más allá, puesto que la *probable cause*, como intentaré explicar en este trabajo, es un elemento crucial para las garantías del Estado de derecho. Sin *probable cause*, sin una motivación de hecho suficiente —como sucede con los indicios racionales en el proceso español<sup>3</sup>—, el Estado no puede realizar una intromisión en derechos fundamentales tan valiosos como son la libertad y la privacidad. La *probable cause* actúa así como un guardián cuya función es evitar injerencias ilegítimas en nuestros derechos fundamentales en la esfera de la persecución penal. Sucede, sin embargo, que la digitalización de la vida social amenaza con neutralizar esa salvaguarda a través de los denominados *algorithm suspicion assessments* (ASAs)<sup>4</sup>. A través de la elaboración de algoritmos y de los instrumentos de *machine learning*<sup>5</sup>, se lleva a cabo una valoración de los índices de sospecha de los individuos. Si a eso unimos que los sistemas de vigilancia que se encuentran activados sin previa sospecha sobre cualquier individuo son enormes, y que esos *big data* pueden procesarse de forma rápida para conformar un índice de sospecha, el riesgo de que con ello se vea obviada la garantía que supone la Cuarta Enmienda es más que evidente. La aplicación de valoraciones de sospecha automatizadas sobre la base de *big data* amenaza con socavar la esfera de libertad y privacidad de nuestros derechos, porque será el propio algoritmo, sobre la base de todos los datos que de nosotros disponen ya las autoridades públicas, el que ofrezca los datos objetivados sobre *probable cause*.

Para valorar adecuadamente cuál podría ser el impacto de estas nuevas normas y herramientas de inteligencia artificial en el contexto europeo y español, creo que es necesario antes entender el alcance y significado de la *probable cause* de la Cuarta Enmienda. Debo advertir que no se pretende ofrecer aquí una definición ni establecer un criterio cuantitativo o numérico de este estándar. Difícilmente podría hacerlo cuando el propio TS USA ha afirmado que «no es posible definir con precisión lo que significa *probable cause*»<sup>6</sup>. El concepto de *probable cause* y su aplicación en el sistema procesal penal estadounidense ha sido objeto de numerosos estudios académicos y analizado en una inabarcable jurisprudencia. Sería irreal querer sintetizar aquí toda

---

<sup>3</sup> Gómez Colomer (2021, p. 65 y ss.) es quien diferencia entre el concepto de indicio, como juicio de probabilidad basado en máximas de la experiencia, y la prueba de indicios como método probatorio integrado en la presunción, en cuyo contexto el indicio sería el hecho base acreditado a través del cual mediante un proceso de inferencia puede darse por probado otro hecho del cual no se tiene prueba directa. Si bien es cierto que se trata de dos nociones que no son equivalentes, se basan en un mismo mecanismo de inferencia lógica. Sucede que en los indicios racionales a los que se refiere el legislador para adoptar ciertas decisiones procesales —entre ellas las medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales—, el hecho base no requiere estar probado, porque no se busca una certeza del hecho indirecto. Basta con que exista un hecho base objetivado del cual se pueda inferir la existencia de una probabilidad de que un hecho delictivo haya podido cometerse o que como resultado de un registro podrán encontrarse pruebas relevantes para el esclarecimiento del delito. En este último caso se «presume» la existencia de una probabilidad, a partir de otro hecho, que todavía no ha sido probado.

<sup>4</sup> Al respecto vid., e. g. Rich (2016).

<sup>5</sup> Sobre la definición de *machine learning*, vid. Flach (2012).

<sup>6</sup> Acerca de la imposibilidad de definir el significado de «*probable cause*», vid. *Ornelas v. United States*, 517 U.S. 690, 695 (1996).

esa doctrina y jurisprudencia, o abordar todas las implicaciones del término *probable cause*. El objetivo de este trabajo es determinar los criterios básicos que permiten entender el significado de esas dos palabras en el derecho estadounidense, aunque se incluirá alguna referencia a conceptos análogos en los ordenamientos europeos.

Para ello, en primer lugar, se abordarán las dificultades para encontrar una definición de *probable cause*, teniendo en cuenta su origen histórico y su relevancia constitucional. En segundo lugar, se hará referencia a la jurisprudencia más relevante del Tribunal Supremo USA a la hora de interpretar el requisito de *probable cause* en el contexto de las detenciones y los registros. Por último, se hará una breve mención a conceptos análogos en otros sistemas jurídicos europeos.

Dejo al margen el debate acerca de la utilidad de los estándares de prueba, así como la discusión sobre los argumentos a favor y en contra de considerar la *probable cause* como un estándar de prueba; cuestiones sin duda interesantes, pero que rebasarían los objetivos de este trabajo<sup>7</sup>. Sigo aquí, por tanto, la concepción generalmente aceptada en Estados Unidos sobre la *probable cause* como estándar de prueba, si bien considero personalmente que estamos ante un concepto que trasciende la esfera del proceso penal y que constituye una garantía constitucional. Una garantía según la cual las injerencias en derechos fundamentales reconocidos en la Cuarta Enmienda solo serán legítimas si concurren ciertos elementos fácticos que permiten inferir que probablemente se haya cometido un delito (o que pueda hallarse prueba de este). Más complicado es, como se verá a continuación, precisar cuál es el grado de certeza que hace falta para dar por acreditada una «probabilidad».

## 2. PROBABLE CAUSE Y CUARTA ENMIENDA CONSTITUCIONAL

La *probable cause* figura en la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos en los siguientes términos:

*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Sobre las posiciones acerca de la utilidad y necesidad de regular estándares probatorios en el proceso judicial, pueden consultarse, entre otros, los interesantes trabajos de Ferrer Beltrán (2021, p. 22 y ss.), para quien es necesario contar con estándares de prueba, frente a Nieva Fenoll (2020), para quien es imposible objetivar un estándar de prueba, y para quien este concepto es reminiscencia de un proceso en el que regía el principio de prueba tasada que, sin embargo, carece de sentido en la actualidad. Sobre la dificultad de cuantificar de forma precisa los estándares de prueba y la vaguedad de los criterios epistémicos para la valoración de la prueba, vid. también, Dei Vecchi (2020, p. 18 y ss).

<sup>8</sup> Que podría traducirse al castellano como: «El derecho de los ciudadanos a que su persona, domicilio, documentos y efectos se hallen a salvo de registros e incautaciones arbitrarias, será inviolable, y no se emitirá al efecto mandamiento alguno que no se fundamente en un motivo probable, corroborado

Las primeras decisiones judiciales limitaron el alcance de la Cuarta Enmienda a la intromisión física en la propiedad o en las personas, pero ya en 1967, en *Katz v. United States*<sup>9</sup>, el TS USA sostuvo que la protección de la Enmienda se extiende también al derecho de las personas a la privacidad, así como a otros espacios físicos aptos para el ejercicio del derecho a la privacidad<sup>10</sup>. El objetivo último de esta disposición es, por tanto, proteger el derecho a la intimidad y la libertad de las personas frente a intromisiones no razonables del gobierno. La Cuarta Enmienda no garantiza la protección frente a cualquier registro e incautación de bienes, sino solo frente a aquellos que llevan a cabo las autoridades públicas de manera arbitraria o no razonable.

Para proceder a una entrada y registro en lugar cerrado, al registro de una persona o a su detención, el oficial de policía debe constatar que existen suficientes indicios racionales de que esa persona ha cometido un delito (lo está cometiendo o lo va a cometer) o de que en el lugar a registrar se encontrarán pruebas para el esclarecimiento de un delito. En casos de urgencia, el propio agente valorará si concurre *probable cause*, sin esperar a la emisión de una orden judicial. En tales situaciones, el control se efectuará *a posteriori*, lo cual podría conducir a declarar ilegal la detención o a considerar inadmisibles las pruebas obtenidas en el desarrollo del registro sin cumplir con el requisito exigido en la Cuarta Enmienda. Además, una actuación arbitraria de la policía sin *probable cause* podría dar lugar también a responsabilidades disciplinarias y a responsabilidad por daños y perjuicios.

Si no se dan circunstancias de urgencia, la policía, antes de practicar la detención de un sujeto sospechoso o registrar un domicilio (u otro espacio de privacidad protegido), debe obtener una orden judicial que así lo autorice. Corresponde por tanto a la policía acreditar que existe *probable cause*. El juez dictará la orden si aprecia que existen indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo (para una detención), o de la posibilidad de encontrar pruebas de un delito (para un registro). La *probable cause* se erige así en garantía constitucional para algunos de los derechos más preciados de los ciudadanos, por lo que su significado no puede desvincularse de los derechos que busca proteger.

Sus orígenes históricos son antiguos, y pueden identificarse en el *ius commune* del continente europeo, que influyó notablemente en el proceso medieval de Inglaterra<sup>11</sup>. En particular, como sostiene Shapiro (1991, p. 118-119), los niveles de certeza

---

mediante juramento o declaración, y que describa en detalle el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas».

<sup>9</sup> *Katz v. United States*, 389 US 347 (1967).

<sup>10</sup> En aquella ocasión se trataba de una interceptación telefónica de las llamadas realizadas por Katz desde una cabina telefónica pública, dentro de un proceso sobre fraude en apuestas de juego.

<sup>11</sup> Vale la pena hacer notar incidentalmente esa importancia del derecho canónico, y en alguna medida del romano a través de fuentes canónicas, en la evolución del derecho procesal en Inglaterra. Una evolución compleja, pues el *common law* coexistió durante siglos con otras dos jurisdicciones clave: la *equity* administrada por el Tribunal de la Cancillería (en manos de obispos durante la parte inicial de su desarrollo), y la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos. De manera que el actual modelo procesal

requeridos para las diferentes actuaciones y fases del proceso previo al juicio o *pretrial* se tomaron claramente del derecho continental de tradición romano-canónica<sup>12</sup>. Los inicios de la *probable cause* aparecen en el siglo XIII en el concepto de sospecha razonable que justificaba la actuación de un alguacil (*constable*) para arrestar individuos sospechosos de haber cometido un delito en Inglaterra (Weber, 1982).

En 1360, se autorizaba a los jueces de paz de Inglaterra a arrestar a todo sospechoso o acusado, y posteriormente también a emitir órdenes para que sujetos privados procedieran a arrestar a sujetos sospechosos. Aunque los motivos y las condiciones eran bastante imprecisos, la existencia de una sospecha ya aparecía como elemento necesario para la legitimidad de esas detenciones (Shapiro, 1991, p. 128). Además, el concepto de sospecha en el proceso inglés de entonces presentaba claras analogías con la noción de *suspectus* en derecho canónico (p. 126): se requería algo más que un rumor, pero no hacía falta certeza acerca de los hechos criminales para que la autoridad pública, o un particular, pudieran arrestar a alguien.

Con el tiempo, los criterios que permitían concluir la existencia de una sospecha fueron recogidos en tratados jurídicos en Inglaterra, sobre la base del proceso inquisitivo desarrollado en el derecho romano-canónico<sup>13</sup>. La lista de *causes of suspicion* contenía los siguientes criterios: edad, sexo, educación, parientes, carácter o personalidad, socios, conducta habitual, capacidad para llevar a cabo el delito, testigos y otros signos externos. Este listado coincidía en gran medida con los *indicia* que servían para determinar, en el proceso inquisitivo continental, si un sospechoso podía ser sometido a tortura (Shapiro, 1991, p. 129). Esa enumeración de elementos de sospecha irá desapareciendo con el racionalismo a lo largo del siglo XIX. Así, los términos *probable cause of suspicion*, *reasonable grounds to belief*, o *reasonable cause to suspect*, que históricamente se utilizaban de forma indistinta, terminarán utilizándose tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos sin referencia al término «sospecha».

La existencia, por tanto, de indicios suficientes o racionales se encuentra en la base que permitiría arrestar o detener a una persona, y ha de entenderse en un contexto en que el registro y la incautación de bienes, como indica LaFave, iban frecuentemente unidos al poder del particular de arrestar al sospechoso. En caso de sospecha

---

angloamericano, como su entera tradición jurídica, es producto de un conglomerado de elementos heterogéneos, y no resultado exclusivo —como en el pasado defendió interesadamente una parte de la historiografía jurídica británica— del genio creativo de los *common lawyers*. El tema ha sido bien estudiado en España, ya hace tiempo, por Martínez-Torrón (1991).

<sup>12</sup> Indica esta autora que, al centrarse el derecho angloamericano primordialmente en la fase probatoria y en el desarrollo de la *law of evidence* en el juicio oral, los estándares de prueba aplicados a las decisiones previas, y la influencia del derecho canónico en su configuración, fueron ampliamente ignorados en los tratados jurídicos. Reconoce igualmente que cierto chauvinismo británico también explicaría que las referencias al derecho romano-canónico civil continental prácticamente fueran inexistentes, citándose preferentemente a autores como Bracton o Coke, cuyas obras estaban inspiradas en gran medida en el derecho romano-canónico.

<sup>13</sup> Así en el Tratado de Matthew Hale *History of the Pleas of the Crown*, London 1736, citado por Weber (1982, p. 156-157).

de comisión de un delito, el particular no solo podía detener a una persona, sino también proceder al registro e incautación de sus bienes para recuperar los bienes robados (Shapiro, 1991, p. 145).

Con estos antecedentes históricos, la Cuarta Enmienda recoge la garantía de *probable cause*, para dar protección a los ciudadanos contra las intromisiones arbitrarias de las autoridades públicas en su privacidad, libertad y propiedad. Como se ha hecho notar, protege lo que se ha denominado *right to be let alone* o derecho a ser dejado en paz<sup>14</sup>. Los autores de la Bill of Rights norteamericana incluyeron esta Enmienda para proteger a los ciudadanos contra las detenciones y los registros injustificados que habían sido practicados por la Corona inglesa en virtud de órdenes judiciales generales (*general warrants*) y *writs of assistance*<sup>15</sup>. Las órdenes generales permitían a los funcionarios de la Corona realizar registros sin necesidad de acreditar ningún motivo de sospecha de comisión de un delito, y a menudo estas órdenes eran utilizadas para perseguir a enemigos políticos. Los *writs of assistance* no requerían justificar la existencia de indicios racionales de criminalidad y, a menudo, no estaban sujetos a restricciones temporales; permitían registrar un bien cuando no se hubieran pagado los impuestos. En ese contexto, la principal finalidad de los redactores de la Bill of Rights al incluir el requisito de *probable cause* en la Cuarta Enmienda era precisamente evitar esos abusos, y conferir protección a los ciudadanos de la nueva nación frente a detenciones y registros arbitrarios por parte de autoridades gubernamentales<sup>16</sup>.

La *probable cause* actuaría así como un claro límite frente al poder del gobierno y como elemento fundamental para frenar posibles tendencias autocráticas. Es decir, representaría una de las barreras jurídicas frente a la tiranía, tal y como expresaba la sentencia *Boyd v. United States*<sup>17</sup>. Se concibe, por tanto, como un límite estructural del poder de la autoridad del gobierno, y en ese sentido no solo protegería los derechos individuales, sino que también «serviría como una advertencia general al gobierno de que sus poderes son limitados [...] con estructuras establecidas a nivel constitucional para hacer cumplir esos límites» (Antkowlak, 2007, p. 579)<sup>18</sup>.

Si la *probable cause* es un principio constitucional que garantiza la libertad individual fijando límites a la actuación del poder público, y es al mismo tiempo un concepto indeterminado, cabría pensar que cuanto más se valoren en una sociedad los derechos que protege —la privacidad, la propiedad y la libertad— mayor debería ser el grado de certeza exigible acerca de la existencia de indicios racionales o *proba-*

<sup>14</sup> Vid. LaFave (2004) y el voto particular discrepante del Juez Brandeis en *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

<sup>15</sup> *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 624 (1886).

<sup>16</sup> Vid. Cuddihy (2009).

<sup>17</sup> Vid. Antkowiak (2007, p. 578), el cual señala que «probable cause may not ultimately address any one right specifically, but instead protect all of liberty generally».

<sup>18</sup> «It would serve as an overall admonition to the government that its powers are limited [...] with structures in place at the constitutional level to enforce those limits.»



*ble cause*<sup>19</sup>. Veremos si es así, porque hablar de una mayor certeza en referencia a un estándar impreciso es sin duda algo complejo.

### 3. EL IMPRECISO SIGNIFICADO DEL ESTÁNDAR DE *PROBABLE CAUSE*

Según hemos visto, estamos ante un requisito que ha de acreditar la policía antes de detener a una persona, realizar un registro o para obtener una orden judicial con el fin de llevar a cabo esas medidas. En el contexto del proceso penal, para la doctrina angloamericana *probable cause* es un estándar de prueba. Un estándar de prueba se define como «*the degree of proof required for any fact in issue in litigation, which is established by assessing the evidence relevant to it*» (Oxford Dictionary). Se trata de una regla que «determina el grado de probabilidad a partir del cual estamos dispuestos a dar por probada la hipótesis, es decir, que determinan el grado de apoyo que nos parece suficiente para aceptar como verdadera la hipótesis fáctica en cuestión» (Ferrer Beltrán, 2021, p. 18). En palabras de Haack (2014), los estándares de prueba hacen referencia a la probabilidad y la forma lógica y obvia de entender este concepto referido a las pruebas en el sentido epistemológico: «*how reasonable a claim is in the light of the evidence*» (p. 59).

No obstante, como se verá más adelante, una gran parte de la doctrina y la jurisprudencia angloamericanas define el estándar de prueba en clave subjetiva. Es representativa la definición ofrecida en la sentencia del TS USA *In re Winship*<sup>20</sup>: «[E]l estándar de prueba es un intento de instruir al juzgador de los hechos acerca del grado de confianza que nuestra sociedad piensa que él debe tener en la corrección de las conclusiones sobre los hechos para tomar decisiones».

*Probable cause*, a diferencia de la regla de *beyond any reasonable doubt* o más allá de toda duda razonable, no implica un alto grado de certeza, sino que hace referencia a la posibilidad justificada de que un hecho pueda existir. A pesar de las dificultades de deslindar conceptos, se reconoce unánimemente que la *probable cause* exige algo más que una sospecha razonable (*reasonable suspicion*), e implica que concurren circunstancias que llevarían a una persona razonable a creer que se está cometiendo, se ha cometido, o se va a cometer un delito. En lo que respecta a los registros, significaría

<sup>19</sup> En el concepto de *probable cause* aparecen mezclados dos aspectos que sí son diferenciables en relación con otros estándares de prueba: el del grado de certeza exigible para adoptar una decisión, por ejemplo, de detención; y el del grado de certidumbre que debe ofrecer el estándar, lo que está ligado con su mayor o menor vaguedad. Un estándar podría ser muy preciso, en este segundo sentido, y, en cambio, exigir un grado de certidumbre (de probabilidad) sobre los hechos muy bajo para adoptar una decisión. No obstante, en el caso de la *probable cause*, ambas «incertidumbres» se solapan y, al no poder hablar de la certeza acerca de la probabilidad de un hecho cuando ello va unido a un estándar de probabilidad absolutamente impreciso, no resultan a mi juicio diferenciables.

<sup>20</sup> *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

que existe una probabilidad razonable de que un registro dé lugar al descubrimiento de pruebas de un delito.

En el derecho procesal estadounidense los estándares de prueba suelen dividirse en seis categorías, que van desde la suposición menos exigente hasta la casi certeza: 1) sospecha razonable (*reasonable articulable suspicion*); 2) *probable cause*; 3) prueba preponderante (*preponderance of evidence*); 4) probabilidad fundada (*substantial probability*); 5) prueba clara y convincente (*clear and convincing evidence*); y 6) más allá de toda duda razonable (*beyond any reasonable doubt*). En general, los diferentes estándares de prueba están vinculados a las consecuencias del error en la valoración, de modo que cuanto mayor sea el coste del error —las consecuencias perjudiciales de una decisión equivocada— mayor será la exigencia probatoria. Eso explica que para una condena penal se exija el estándar de prueba más elevado (más allá de toda duda razonable), mientras que en el proceso civil sería suficiente cumplir con los estándares menos exigentes de prueba preponderante o de prueba clara y convincente.

*Probable cause* es el nivel de justificación requerido para adoptar muchas otras decisiones más allá de las medidas de detención y registro contempladas en la Cuarta Enmienda. Por ejemplo, es también el estándar de prueba para que la fiscalía acuse a alguien, tal y como se establece en *Bordenkircher v. Hayes*<sup>21</sup>: «mientras el fiscal tenga *probable cause* para creer que el acusado cometió un delito tipificado legalmente, la decisión de procesar y acusar o no, de qué cargo presentar, o la decisión de llevar al acusado ante el gran jurado, por lo general queda a su entera discreción».

*Probable cause* es además el estándar requerido en la audiencia preliminar para decidir si se somete al acusado al juicio oral<sup>22</sup>, para mantener a la persona arrestada sin orden judicial en prisión preventiva<sup>23</sup> y para revocar la libertad condicional<sup>24</sup>. Es igualmente el estándar aplicable ante el gran jurado al adoptar la decisión acerca de si procede acusar a una persona de un delito federal, y se considera que existen elementos de juicio suficientes para someter a juicio a una persona cuando las pruebas presentadas al gran jurado, sin explicaciones por parte del acusado, persuaden a doce o más de sus miembros de que la persona acusada probablemente haya cometido el delito del que se la acusa<sup>25</sup>. Podría decirse que encontraría su equivalente español en los indicios racionales de criminalidad, aunque no es fácil determinar el nivel de sospecha requerido para acordar una medida limitativa de un derecho fundamental o el estándar requerido para procesar al imputado de conformidad con el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), ni tampoco especificar en la práctica si ese grado de sospecha concurre o no. No hay que olvidar que la STC 26/2010, de 27

<sup>21</sup> 434 U.S. 357, 364 (1978).

<sup>22</sup> *Barber v. Page*, 390 U.S. 719, 725 (1968).

<sup>23</sup> *Gerstein v. Pugh*, 420 U.S. 103, 125 (1975).

<sup>24</sup> *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471, 485 (1972).

<sup>25</sup> Cfr. Ortman (2016, p. 513 y ss.) criticando este estándar en relación con las acusaciones del *grand jury*.

de abril, señala que los indicios que se requieren para sacrificar el derecho fundamental a la privacidad de las comunicaciones son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento al amparo del artículo 385 LECrim.

Ni la Cuarta Enmienda ni las leyes federales definen el concepto de *probable cause*, algo que, por lo demás, también sucede en los códigos procesales penales en el ámbito europeo con estándares análogos. Si bien ha habido intentos de recurrir a las matemáticas para asignar un valor a los estándares de prueba, así como al concepto de *probable cause*, se entiende que no resulta posible calcular este estándar numéricamente<sup>26</sup>; lo que está en juego es la suficiencia de la justificación para autorizar una intromisión en la esfera de la libertad y la intimidad de los individuos por parte del Estado en la persecución de un delito.

En este contexto, la probabilidad estadística —frecuencia con la que se produce un suceso en una determinada secuencia de acontecimientos— representa un índice objetivo de probabilidad, ya que mide el número de posibilidades de que se produzca un suceso en comparación con el número de posibilidades de que no se produzca<sup>27</sup>. Tal criterio, sin embargo, no resulta aplicable para adoptar decisiones en un proceso penal, donde lo que interesan son hechos individuales, que no necesariamente responden a parámetros matemáticos de probabilidad. No obstante, ello no significa que los perfiles matemáticos y científicamente validados no puedan ser útiles para apreciar la existencia de *probable cause*, pero asignarle un número o porcentaje de certeza sería algo condenado al fracaso<sup>28</sup>.

Según la jurisprudencia del TS USA, el estándar de *probable cause* no fluctúa en función de la gravedad del delito investigado. Es decir, el mismo grado de justificación y de certeza será necesario, por ejemplo, para efectuar la entrada en un domicilio para investigar un delito de homicidio o para recabar pruebas de una estafa de cuantía mínima. Solo en unas pocas ocasiones el Tribunal Supremo ha considerado la posibilidad de aplicar un *sliding standard of proof* al valorar la *probable cause*, abriendo la puerta a graduar la intensidad de los indicios en función de la mayor o menor gravedad del delito o de la amenaza. No obstante, en la doctrina jurídica estadounidense hay también autores que se han mostrado favorables a esa gradación, estimando que la gravedad del delito debería ser un elemento para considerar a la hora de apreciar la existencia de *probable cause* (Lee, 2020, p. 295-296). Ello implicaría que en relación con delitos menos graves se exigiría un nivel de certeza mayor, y que el estándar iría reduciéndose a medida que aumentara la gravedad del delito<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Así, entre otros, Haack (2014, p. 58 y ss.).

<sup>27</sup> Vid. Ferrer Beltrán (2021, p. 67 y ss.).

<sup>28</sup> Para Ferrer Beltrán (2021, p. 68) el concepto de probabilidad que resulta útil en este contexto es el que se refiere a la lógica inductiva «para la que la probabilidad que un elemento de juicio aporta a una hipótesis es una relación lógica entre dos proposiciones».

<sup>29</sup> Vid., por ejemplo, Bellin (2011, p. 6); Stuntz (2001, p. 848).

Frente a esta argumentación, otra parte de la doctrina sostiene que adoptar un estándar variable (o «deslizante», en traducción literal) de *probable cause* generaría confusión y mayores riesgos de infracción. En tanto que la apreciación de la existencia de esos indicios racionales no siempre corresponde realizarla a un juez, sino que con frecuencia deben realizarla los propios agentes de policía, la introducción de criterios variables no les sería de mucha ayuda en la toma de decisiones. Además, en ocasiones no siempre resulta claro desde un inicio cuál es la gravedad del delito en concreto, por lo que valorar la suficiencia de indicios en función de esa gravedad generaría mayor incertidumbre en detrimento de la garantía que supone un estándar único. En consecuencia, la gravedad del delito por sí misma debería ser «irrelevante para el grado de certeza que la policía debe tener antes de actuar»<sup>30</sup>.

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que configurar el requisito de *probable cause* como un estándar variable dependiendo de la gravedad del delito produciría un doble efecto de carácter opuesto: aumentaría la protección de los ciudadanos frente a las injerencias en sus derechos de la Cuarta Enmienda cuando el delito es leve, pero al mismo tiempo produciría la aplicación de un estándar más bajo en aquellos casos en que la amenaza o el delito fueran muy graves, rebajando así las garantías consagradas en la Cuarta Enmienda. Es significativo que, después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 contra las Torres Gemelas de Nueva York, volvieron a surgir debates sobre la necesidad de ampliar los poderes del gobierno y revisar la interpretación del estándar de *probable cause*<sup>31</sup>.

También se ha planteado si el estándar de la Cuarta Enmienda debería reconsiderarse bajo el prisma del principio de proporcionalidad, ponderando la lesión del derecho fundamental frente a la gravedad del delito investigado, de tal forma que no se autorizaran, por irrazonables, medidas de detención o entrada y registros para la persecución de delitos menores, como sucede en el ámbito europeo. La falta de proporcionalidad de la medida como resultado de la ponderación coste-beneficio, llevaría a estimar la intromisión en el derecho fundamental como «irrazonable» y, por tanto, ilegal (Colb, 1998, p. 1645). No es este, como se verá, el enfoque adoptado por el TS USA, el cual, de los tres elementos del principio de proporcionalidad adoptados en el ámbito europeo por jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto—, al valorar la *probable cause* solo aplicaría el de idoneidad, es decir, si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto.

Una vez clarificado que el estándar de *probable cause* no es variable y que la injerencia en los derechos fundamentales de la IV Enmienda no se somete a un juicio de proporcionalidad, tratándose de un término de construcción judicial es preciso acudir a la jurisprudencia para conocer su contenido y alcance, y solo en relación con los registros.

---

<sup>30</sup> Vid. Slobogin (1991, p. 51).

<sup>31</sup> Vid., entre otros, Stuntz (2002, p. 2141).

A diferencia del estándar de «más allá de toda duda razonable», que será aplicado por los miembros del jurado a la hora de valorar si hay pruebas suficientes para condenar a una persona, la determinación de la *probable cause* corresponde siempre a un juez, quien habrá de decidir —*a priori* o *a posteriori*— si concurren indicios racionales que justifiquen la injerencia en el derecho de una persona a la libertad o a la privacidad.

A este propósito, lo primero que hay que destacar es que el TS USA no ha especificado cuánta prueba se requiere para apreciar que existe *probable cause* ni tampoco en qué consiste exactamente este estándar. Así, en el caso *Brinegar v. United States* (1949), sostuvo que *probable cause* es más que una mera sospecha, pero menos que la prueba necesaria para condenar<sup>32</sup>, y que el elemento esencial es que exista «un motivo razonable de creencia o culpabilidad»<sup>33</sup>. Dentro de este amplio espectro, «el acento ha de ponerse en el cálculo de las probabilidades. Si ello excluye todos los demás factores, o si la probabilidad debe ser “más probable que no” son cuestiones que no están resueltas».<sup>34</sup>

Sobre *probable cause* el TS USA ha declarado que se trata de un estándar impreciso «basado en el sentido común»<sup>35</sup>; que requiere «menos certeza que la que justificaría una sentencia de condena»<sup>36</sup>, y que implica que «se crea razonablemente que se ha cometido un delito o que se encontrarán objetos o pruebas relevantes para la investigación del delito»<sup>37</sup>. El TS USA se ha limitado a calificar la *probable cause* como una probabilidad no cuantitativa, exigiendo algo más que las sospechas subjetivas del individuo, y menos que la existencia de hechos que llevarían a un tercero razonable a creer que se ha cometido un delito<sup>38</sup>. La vaguedad de estas definiciones no hace sino poner de manifiesto que el término «probable» es indeterminado y cualquier intento de definirlo al final nos lleva a un rango entre un 1% y un 100% de probabilidad, porque, como sostiene Bacigal (2004, p. 282), no hay estadios conceptuales entre la nada y la certeza moral. Otra cuestión es que se puedan especificar los grados de probabilidad, así como por ejemplo, la probabilidad prevaeciente, la prueba clara y convincente, etc., que son todos ellos grados que están en algún punto entre la nada y la certeza. Pero, el término probable sin más no aporta precisión alguna.

<sup>32</sup> 388 U.S. 160, 174 (1949). En *Brinegar* también se afirma que la decisión acerca de la existencia de *probable cause* puede motivarse sobre elementos probatorios que no serían admisibles en el juicio (p. 175).

<sup>33</sup> Que exista «*a reasonable ground for belief or guilt*», *Brinegar v. United States*, 388 U.S. 160, 174 (1949).

<sup>34</sup> «*[T]he emphasis is on calculating likelihoods. Whether this excludes all other factors and whether the likelihood must be 'more likely than not' are questions arguably unsettled.*» *Valente v. Wallace*, 332 F.3d 30, 32 (1st Cir. 2003), citado por Bacigal (2004, p. 280).

<sup>35</sup> *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1929), en relación con un registro.

<sup>36</sup> *Steel v. United States*, 267 U.S. 498, 504-505 (1925).

<sup>37</sup> *Dumbra v. United States*, 268 U.S. 435 (1925).

<sup>38</sup> *Henry v. United States*, 361 U.S. 98, 102 (1959).

Como puede observarse, todo esto no aporta mucha claridad y el Tribunal Supremo ha admitido que el concepto de *probable cause* no puede ni definirse con precisión ni ser cuantificado en porcentajes, pues alude a probabilidades que habrá que valorar en función de la totalidad de las circunstancias<sup>39</sup>. Lo que sí ha clarificado es que la existencia de *probable cause* no puede determinarse únicamente sobre la base de la creencia subjetiva del agente que lleva a cabo la acción, tal y como se expresó en *Beck v. Ohio*: si la buena fe subjetiva fuera el único elemento exigible, la protección que confiere la Cuarta Enmienda se diluiría completamente, pues pasaría a depender únicamente de la valoración discrecional de los agentes policía<sup>40</sup>. En el caso *Maryland v. Pringle*, el Tribunal se reafirmaba en la imposibilidad de ofrecer una definición aproximada al reconocer que la *probable cause* «es un concepto práctico y no técnico, que tiene que ver con consideraciones prácticas y fácticas de la vida cotidiana acerca de cómo actúan las persona razonables y prudentes, y no los técnicos», y añadía que es un «concepto fluido que se basa en la valoración de probabilidades en contextos de hecho particulares, que no se reduce fácilmente [...] a un conjunto ordenado de normas jurídicas»<sup>41</sup>.

Significativamente, en *Texas v. Brown*<sup>42</sup> el TS USA, con la argumentación del Juez Rehnquist, declaró expresamente que *probable cause* es una norma de sentido común que «no exige demostración alguna de que la creencia del agente que ha presenciado un comportamiento delictivo sea correcta o tenga más probabilidades de ser verdadera que falsa» Esa afirmación dio lugar a serias críticas por parte de la doctrina, pues significaría que el estándar de *probable cause* podría satisfacerse con la mera apreciación subjetiva, sin tener siquiera que justificarla, de que la opción de probabilidad es más justificada que su contraria<sup>43</sup>. El hecho que dio origen a la sentencia consistía en la incautación de objetos de contrabando durante un control de tráfico, y se discutía si esa incautación entraba dentro de la doctrina *plain view* (en los registros sin orden judicial los agentes de policía solo pueden incautar objetos que estén a la vista). Quizá podría sostenerse que en el caso *Texas v. Brown*, al tratarse de un mero registro de objetos, sería admisible un nivel de certeza menor acerca de los indicios de criminalidad, pero ese planteamiento sería difícilmente aceptable respecto de la medida de detención, pues ello implicaría que para detener a una persona bastaría que el agente creyera que la comisión de un delito fuera más probable que su no comisión, lo cual situaría la *probable cause* al nivel de «sospecha razonable» y, por

<sup>39</sup> *Maryland v. Pringle*, 540 U.S. 366, 371 (2003).

<sup>40</sup> 379 U.S. 89, (1964): «If subjective good faith alone were the test, the protection of the Fourth Amendment would evaporate, and the people would be “secure in their persons, houses, papers, and effects” only in the discretion of the police».

<sup>41</sup> «It is a practical, non-technical conception that deals with factual and practical considerations of everyday life on which reasonable and prudent men, not legal technicians, act.» Vid. *Maryland v. Pringle*, 540 U.S. 366, 371 (2003), siguiendo el fallo de *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 232 (1983).

<sup>42</sup> *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730 (1983).

<sup>43</sup> C. Lee (2020, pp. 271 y ss.) critica el uso extensivo que se ha hecho de la argumentación del Juez Rehnquist por los tribunales inferiores, como si se tratara de un precedente vinculante.

tanto, reduciría la protección que confiere la Cuarta Enmienda. Además, con esta interpretación del juez Rehnquist, las diferencias entre sospecha razonable y *probable cause* tenderían a difuminarse.

Es cierto que, para el Tribunal Supremo, «sospecha razonable» y *probable cause* «son conceptos fluidos que toman su contenido sustantivo de los contextos particulares en los que se valoran los estándares»<sup>44</sup>. La sospecha razonable es un estándar menos estricto que la *probable cause*, requiere una certeza menor<sup>45</sup>, si bien ambos estándares están vinculados, pues donde inicialmente existe una sospecha razonable, a medida que se descubren más hechos y pruebas pasaría a existir *probable cause*. En otras palabras, la sospecha razonable es un estadio anterior a la *probable cause*, aunque ambos se basan en la apreciación general de un agente de policía —y eventualmente del juez— sobre la probabilidad de que se haya cometido o se esté cometiendo un delito. Así, habría *probable cause* cuando una persona razonable esté convencida o crea que se está cometiendo, se ha cometido o se va a cometer un delito; y en el caso de los registros de lugares cerrados habrá también que creer en la posibilidad de que allí se encuentre el delincuente, o sean hallados objetos y pruebas relevantes para el esclarecimiento del delito.

Meras suposiciones o deducciones no serían suficientes para determinar la existencia de *probable cause*<sup>46</sup>. Mientras que la sospecha razonable sería algo más que la expresión de una «corazonada» (*articulated hunch*), de tal modo que ante esas mismas circunstancias una persona razonable sospecharía de la posible comisión de un delito. En definitiva, el estándar de *reasonable suspicion* se vincularía con una *posibilidad* (un tercero razonable consideraría que podría haberse cometido un delito), mientras que la *probable cause* se referiría propiamente a una probabilidad, un estándar más elevado que el de mera posibilidad de la comisión de un delito. De manera que el estándar de *reasonable suspicion* permitiría a un agente cachear o detener brevemente a una persona sospechosa, pero no sería suficiente para llevar a cabo una detención u obtener una orden de registro<sup>47</sup>. No obstante, trazar una distinción clara en la práctica entre ambos estándares no es fácil, aunque sus repercusiones jurídicas son claramente diferentes. En primer lugar, porque no resulta muy claro qué quiere decir «posibilidad». En sentido estricto, algo es posible solo cuando no es imposible, así que es posible que haya sucedido un hecho, aunque no haya ningún dato que así lo avale. Y en sentido amplio, posible es sinónimo de probable, de manera que, interpretado así, no se distinguiría la *reasonable suspicion* de la *probable cause*; salvo que fijemos la diferencia en el grado de probabilidad (no matemática), pero entonces se necesitaría alguna concreción de ese grado, más allá de la distinción entre posibilidad y probabilidad.

<sup>44</sup> *Ornelas v. United States*, 517 U.S. 696.

<sup>45</sup> *United States v. Sokolow*, 490 U.S. 1, 7(1989).

<sup>46</sup> *Byars v. United States*, 237 U.S. 28 (1927); *Giordenello v. United States*, 357 U.S. 480 (1950).

<sup>47</sup> Vid. *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 30 (1968).

#### 4. ALGUNAS PRECISIONES DE LA JURISPRUDENCIA: *PROBABLE CAUSE* EN DETENCIONES Y REGISTROS

Pese a las ambigüedades conceptuales de la *probable cause* cuando se la considera en abstracto, la jurisprudencia ha ido introduciendo precisiones al hilo de situaciones concretas. Así, su significado y alcance difieren en función de si se refiere a una detención o a un registro. En *Beck v. Ohio*<sup>48</sup> se afirmaba que hay *probable cause* para detener a una persona «cuando las circunstancias de las que se tiene conocimiento y de las que se tiene información razonablemente fiable» lleven a una persona prudente a creer que la persona detenida ha cometido o estaba cometiendo un delito. En cuanto a los registros, la Cuarta Enmienda exige que haya *probable cause* para creer que el registro llevará a descubrir o esclarecer una actividad delictiva (dependiendo de si se está cometiendo en ese momento o si ya se ha cometido y se busca obtener pruebas) y que ese registro es necesario. Resulta interesante destacar la diferencia entre los requisitos de *probable cause* para detener y para registrar. En este último caso concurren dos elementos: 1) el relativo al apoyo epistémico que debe tenerse para que esté justificado el registro; y 2) el criterio de la necesidad. Solo el primero es propiamente un estándar de prueba, mientras que el segundo es un criterio de procedencia del registro que no tiene que ver con las pruebas disponibles que permitan inferir que en el lugar a registrar se encontrarán elementos de una actividad delictiva.

Es inmenso el número de sentencias que valoran la falta o concurrencia de *probable cause* respecto de una detención o un registro ya realizados con el fin de determinar si se ha vulnerado o no la Cuarta Enmienda. De ahí que en las páginas que siguen me limite a mencionar algunas de las sentencias más relevantes, con el fin de ofrecer una panorámica general sobre los concretos elementos que los tribunales han valorado como suficientes para determinar que existe *probable cause*.

En relación con la detención, ha de subrayarse que la existencia de indicios racionales o *probable cause* confiere a la policía el poder de detener a una persona y ponerla bajo custodia policial. Requiere un motivo razonable para creer tanto que se ha cometido o se está cometiendo un delito como que la persona objeto de la detención es responsable de ese delito. Pero, al igual que con la imprecisa definición general de *probable cause*, en relación con la detención tampoco resulta claro cómo determinar cuándo existe un motivo razonable para detener a alguien que se cree está vinculado con la comisión de un delito. Naturalmente, el oficial de policía tomará en cuenta la totalidad de las circunstancias de las cuales tiene conocimiento en ese momento y que le permitan tomar una decisión razonable —es decir, que a la vista de un tercero prudente se entendería razonable— al momento de efectuar la detención.

Un error por parte de los agentes sobre el delito cometido (por ejemplo, que los hechos no fueran un delito en absoluto) o sobre la persona detenida no hará que esa

<sup>48</sup> 379 U.S., 91 (1964).



detención sea ilegal, siempre y cuando los agentes hubieran actuado de buena fe y sobre la base de una creencia razonable en que la conducta era delictiva<sup>49</sup>, y que el detenido era quien había cometido el delito. En *Maryland v. Pringle*<sup>50</sup> el agente procedió a detener a tres sujetos que se hallaban en un coche en el que se encontraron drogas. Aunque los agentes no tenían pruebas de que ninguno de los tres ocupantes fuera el responsable de la posesión de la marihuana, se consideró que detener a todos ellos no vulneraba el requisito de *probable cause*, debido a que es habitual que los ocupantes de un vehículo que porta drogas participen en la comisión del delito, y que ninguno de ellos admitió ser el propietario de la droga. El hecho de estar en el mismo vehículo se estimó suficiente *probable cause* para detener a los tres.

Para que un registro o incautación sean conformes con la Cuarta Enmienda han de concurrir motivos razonables para creer que, como resultado del registro, se encontrarán pruebas relacionadas con un delito. En el caso *Samson v. California*<sup>51</sup> se abordó la cuestión de si para practicar un registro es necesario acreditar una sospecha individualizada o si es suficiente una sospecha generalizada. Se trataba en aquella ocasión de un registro practicado sin orden judicial previa sobre un sujeto en libertad condicional, sin que existieran sobre el mismo sospechas de la comisión del delito que se investigaba. El TS USA afirmó en esa sentencia que lo determinante a efectos de la Cuarta Enmienda «es la razonabilidad, no la existencia de una sospecha individualizada»<sup>52</sup>. Y, aunque el Tribunal Supremo ha exigido normalmente algún elemento de sospecha individualizada como requisito previo a un registro e incautación, también ha declarado que «la Cuarta Enmienda no impone ningún requisito irreductible de tal sospecha»<sup>53</sup>.

Del mismo modo, en *United States v. Knight*<sup>54</sup>, el TS USA sancionó la validez de un registro ejecutado sin orden judicial, pero aquí sí realizó una ponderación de los

<sup>49</sup> Así en *Devenpeck v. Alford*, 543 U.S. 146 (2004), un caso en el cual los oficiales de policía arrestaron a una persona por grabar la conversación mantenida con uno de ellos durante un control de tráfico. El hecho de que tal conducta no constituyera delito en ese estado no llevó a concluir que esa detención practicada sin orden judicial fuera ilegal. Lo que se tuvo en cuenta en este caso es que de todas formas existía *probable cause* para detener a Alford, pero por otro delito diferente que el que dio lugar al arresto, ya que estaba investigado por suplantación de identidad, estafa y otras conductas que sí eran delictivas. Este argumento, a mi juicio, resulta bastante discutible.

<sup>50</sup> *Maryland v. Pringle*, 540 U.S. 366 (2003).

<sup>51</sup> *Samson v. California* 547 U.S. 843 (2006).

<sup>52</sup> «... *the touchstone of the Fourth Amendment is reasonableness, not individualized suspicion.*»

<sup>53</sup> Los hechos en *Samson v. California* se resumen así: Un oficial de policía detuvo y registró a Samson en la calle en la localidad de San Bruno (California). El oficial no tenía orden judicial y posteriormente admitió que había detenido a Samson solo porque sabía que estaba en libertad condicional. El oficial descubrió que Samson estaba en posesión de metanfetaminas. Samson fue arrestado y acusado de posesión de drogas ante un tribunal estatal. En el juicio, Samson argumentó que las drogas no eran admisibles como prueba porque el registro había vulnerado sus derechos de la Cuarta Enmienda. El tribunal de primera instancia denegó la moción y el Tribunal Supremo estatal declaró la inadmisibilidad del recurso.

<sup>54</sup> 534 U.S. 112, 118-121 (2001).

intereses en juego. Sostuvo en esa ocasión que el interés público en la lucha contra la reincidencia, y en garantizar la rehabilitación en la comunidad de las personas que se encuentran en situación de libertad condicional, son intereses que debían prevalecer sobre la expectativa de privacidad de una persona en libertad condicional. Esto significa que en ciertos casos como *Samson* y *Knight* la *probable cause* ha quedado prácticamente difuminada bajo el argumento del interés público superior, evaluando el grado de intromisión en el derecho a la privacidad del individuo frente a la necesidad de llevar a cabo el registro para promover intereses legítimos del Estado. De manera que en algún caso aislado se ha interpretado aplicando un *reasonableness balancing test*, lo que implica privar al concepto de *probable cause* de su significado original y reiteradamente confirmado<sup>55</sup>.

Hasta hace poco tiempo, el requisito de *probable cause* se aplicaba únicamente al registro e incautación de objetos físicos, pero con el avance de la tecnología y desde la sentencia *Riley v. California*<sup>56</sup>, resulta aplicable también al acceso e incautación de datos electrónicos. En esa sentencia, el TS USA estableció claramente que los registros de aparatos electrónicos con el fin de obtener datos almacenados en un teléfono móvil requieren una orden judicial que aprecie la existencia de *probable cause*. Y más tarde, en *Carpenter*<sup>57</sup>, el Tribunal Supremo dictaminó que para obtener de una compañía de servicios de telecomunicación los datos de geolocalización de un teléfono móvil se exigía acreditar *probable cause*, pues esos datos afectan al derecho de la persona a la privacidad.

Como regla general, el registro e incautación al amparo de la Cuarta Enmienda están sujetos a la obtención de una orden judicial previa. Se trata de una salvaguarda adicional para los derechos de los ciudadanos, para garantizar que la existencia de indicios racionales y la razonabilidad de esas medidas —y, por tanto, la justificación para que el Estado se inmiscuya en el ejercicio de derechos fundamentales— se somete a una valoración previa por parte de un órgano imparcial e independiente. Sin embargo, son muchas las excepciones a esta regla. Por ejemplo, cuando existe consentimiento por parte del sujeto concreto para llevar a cabo el registro o cuando el registro es incidental a una detención legal y hay motivos de urgencia, la medida será conforme a la Cuarta Enmienda, siempre que exista *probable cause*. Podría tratarse de situaciones en las que se intenta prevenir un peligro inminente, evitar la destrucción de pruebas o impedir la huida del sospechoso. Si los objetos a registrar están a la vista (*plain view doctrine*), una incautación de estos no será necesariamente ilícita, aunque se haya practicado sin orden judicial, siempre, de nuevo, que concurra *probable cause*.

No existe una previsión legal que permita obviar la obtención de la autorización judicial de la Cuarta Enmienda por razones de seguridad nacional y, por tanto, el

---

<sup>55</sup> Cfr. Antkowiak (2007, p. 576).

<sup>56</sup> *Riley v. California*, 573 U.S. 373 (2014).

<sup>57</sup> *Carpenter v. United States*, 585 U.S. \_\_ (2018).

hecho de verse afectados tales intereses del Estado no autoriza a prescindir de la orden judicial. Pero esto es así en delitos que tengan una dimensión exclusivamente nacional, porque algunos tribunales han admitido excepciones cuando estaban en juego intereses de seguridad exterior.

¿Qué información necesita el juez para valorar si concurre *probable cause*? En general, la resolución judicial que autoriza un registro debe estar respaldada por una declaración jurada (*affidavit*) o por un testimonio que ofrezcan información suficiente y fiable para establecer la probabilidad de un hecho delictivo y la necesidad de llevar a cabo el registro<sup>58</sup>. Es lo que en nuestro ámbito equivaldría al oficio policial, que debe ser fidedigno, aunque en nuestro ordenamiento jurídico no se recoja la forma expresa de «declaración jurada» del agente policial. La policía debe presentar al juez el relato fáctico que lleva a ese agente a considerar que existe *probable cause*, y esos hechos han de especificarse en el *affidavit* que realiza el policía. Al juzgar si concurría *probable cause* para acordar un registro, ya en 1925 el Tribunal Supremo USA afirmaba: «La sola cuestión que nos concierne es si el declarante (*affiant*) tenía motivos razonables cuando prestó su declaración (*affidavit*) [...] para creer que se había violado la ley en el lugar donde había de realizarse el registro; y, si los hechos aparentes reflejados en la declaración (*affidavit*) son tales como para inducir a una persona razonablemente discreta y prudente a creer que se había cometido el delito en cuestión, hay *probable cause* que justifique la emisión de una orden judicial»<sup>59</sup>.

Así, en el caso *United States v. Ventresca*<sup>60</sup>, el agente de policía tenía la convicción de que en un determinado local se estaba operando una destilería ilegal, y el TS USA declaró que en este caso había suficientes elementos para confirmar que se cumplía el estándar de *probable cause*. La convicción de los agentes, basada en sus propias observaciones, iba acompañada de un relato detallado de las circunstancias y existían motivos para dar crédito a la fuente de la información. Curiosamente, en esa sentencia el Tribunal también afirmaba que someter la autorización judicial a unos criterios demasiado exigentes podría llevar a la policía a desconfiar del propio proceso de autorización judicial<sup>61</sup>.

Por lo que se refiere a la credibilidad de los hechos descritos en el *affidavit*, en *Frank v. Delaware* se declaraba que debe presumirse que los agentes de policía son fuentes fiables de información, presunción que se basa en su experiencia y forma-

<sup>58</sup> *Whitley v. Warden*, 401 U.S. 560, 564 (1971).

<sup>59</sup> «[W]e are concerned only with the question whether the affiant had reasonable grounds at the time of his affidavit [...] for the belief that the law was being violated on the premises to be searched; and if the apparent facts set out in the affidavit are such that a reasonably discreet and prudent man would be led to believe that there was a commission of the offense charged, there is probable cause justifying the issuance of a warrant», *Dumbra v. United States*, 268 U.S. 435, 439, 441 (1925).

<sup>60</sup> 380, U.S. 102 (1965).

<sup>61</sup> «... reliance on the warrant process should not be deterred by insistence on too stringent showings», *United States v. Ventresca* (1965), p. 109.

ción<sup>62</sup>. Los *affidavits* suelen incluir sus observaciones, apoyadas por una detallada narración de los hechos, que permiten hacer inferencias sobre la concurrencia de *probable cause*. Incluir información de víctimas y testigos también puede resultar relevante.

Una interesante cuestión es si la información recibida de un confidente goza de suficiente credibilidad para establecer que existen indicios racionales de criminalidad a efectos de la Cuarta Enmienda. En esta materia, el TS USA ha adoptado puntos de vista cambiantes (Lee, 2020, p. 282-288). En *Jones v. United States*, al evaluar si la confidencia unida a información que corroboraba lo indicado por el confidente constituía una base suficiente para apreciar *probable cause*, el Tribunal valoró el *affidavit* en su conjunto, tomando en cuenta diversos factores para establecer si la declaración del confidente era fiable o no<sup>63</sup>.

No obstante, posteriormente en *Aguilar v. Texas*<sup>64</sup>, llegó a una conclusión diferente al considerar que un *affidavit* que se limitaba a afirmar que la policía tenía información fiable de una persona que gozaba de su confianza —la cual les había informado de que había drogas en un lugar determinado— es insuficiente para cumplir el estándar de *probable cause*. Según el criterio establecido en esta sentencia, el oficial de policía debía acreditar ante el juez dos extremos: en primer lugar, el *affidavit* debía indicar las circunstancias a partir de las cuales el informante llegó a la conclusión de que en un determinado lugar se encontraban pruebas o que se había cometido un delito; y, en segundo lugar, el agente debía aportar aquellos datos que permitieran al juez valorar la fiabilidad del confidente. Por tanto, esos dos elementos se dirigían, por un lado, a comprobar la fiabilidad del sujeto que informa a la policía y, como segundo elemento, la fiabilidad de la información que transmite ese sujeto, para lo cual se exige que determine cómo ha llegado a obtener el confidente esa información (no necesariamente la identificación de la fuente).

Posteriormente, en *Spinelli v. United States*<sup>65</sup> —un asunto en el que el *affidavit* que presentó la policía se basaba tanto en la información del confidente como en información policial confirmando las sospechas—, el TS USA rechazó el criterio establecido en el caso *Jones* de valorar la credibilidad del *affidavit* en su conjunto y aplicó la doctrina sentada en *Aguilar*. El Tribunal sostuvo que los datos facilitados por el informante y las pruebas que lo corroboraban debían valorarse por separado, siguiendo el doble test (fiabilidad del informante y origen de su información)<sup>66</sup>. Sin

---

<sup>62</sup> *Franks v. Delaware*, 438 U.S., 154, 171 (1978).

<sup>63</sup> *Jones v. United States*, 362 U.S. 257 (1960), sentencia en la que el Tribunal valoró que el confidente podía considerarse fiable y que su información estaba basada en su propio conocimiento personal.

<sup>64</sup> 378 U.S. 108 (1964).

<sup>65</sup> *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 410 (1969).

<sup>66</sup> *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 410 (1969). El *affidavit* no contenía ninguna información que mostrara el origen y los hechos en que se basaba la información ofrecida por el confidente ni tampoco elementos que permitieran confirmar la credibilidad de este. Los demás elementos que podrían haber contribuido a sostener la *probable cause* no se consideraron suficientes.

embargo, en *United States v. Harris*<sup>67</sup>, volvió a aplicar la doctrina de la valoración conjunta sentada en *Jones*, para finalmente, en *Illinois v. Gates*<sup>68</sup>, abandonar expresamente el enfoque sentado en *Aguilar* y *Spinelli* y adoptar definitivamente el enfoque de la valoración conjunta de la credibilidad del informante, sin exigir que estuviera acreditada la fuente de su conocimiento. Obviamente, ello supone ampliar los poderes de la policía para llevar a cabo detenciones, al adoptar una interpretación más laxa de los requisitos para apreciar *probable cause*.

Por último, en lo que respecta a las órdenes de entrada y registro anticipadas —la policía presenta una solicitud para que se autorice un registro a llevar a cabo en un momento futuro—, el Tribunal Supremo ha declarado que no vulneran la Cuarta Enmienda, siempre y cuando se respete el estándar de *probable cause*. Ello implica que haya motivos racionales para creer que la condición que justificaría la ejecución de la orden de registro se producirá y que, una vez que se haya producido, existe una probabilidad razonable de que se encuentren pruebas de un delito en un lugar determinado<sup>69</sup>.

## 5. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE *PROBABLE CAUSE*

En virtud de la regla de exclusión, toda prueba obtenida en violación de la Cuarta Enmienda debe ser expulsada del proceso penal, si bien, como es sabido, esta regla general admite diversas excepciones. Este es el caso, por ejemplo, de la excepción de buena fe, según la cual una orden judicial constitucionalmente inválida no comporta la exclusión de las pruebas si los oficiales de policía actuaron de buena fe.

La *probable cause* es el criterio utilizado por los tribunales para resolver la moción de exclusión de pruebas obtenidas como resultado de una detención o de un registro. Procederá la exclusión probatoria si se acredita que existía una expectativa justificada de privacidad y que la misma fue infringida arbitrariamente —sin *probable cause*— por la autoridad pública.

<sup>67</sup> En esta ocasión determinó que la naturaleza detallada de la información proporcionada por el confidente, junto a otros factores que apoyaban su credibilidad, eran suficientes para establecer *probable cause*. *United States v. Harris*, 403 U.S. 573 (1971). La información facilitada por el confidente se basaba en que durante un período de dos años había comprado whisky ilegal al acusado en su propio domicilio, la última vez hacía dos semanas. El *affidavit* contenía información bastante detallada acerca de dónde se guardaba el whisky y afirmaba que el confidente era una persona fiable. Además, se señalaba que el acusado tenía reputación de contrabandista, que otras personas también habían proporcionado información similar sobre él y que en los últimos cuatro años se le había hallado en posesión de whisky de contrabando.

<sup>68</sup> 462 U.S. 213 (1983). En opinión del juez Rehnquist, el principal error fue exigir la concurrencia de los dos elementos —la fiabilidad de un confidente y la base de su conocimiento— como dos requisitos independientes en vez de valorarlos conjuntamente

<sup>69</sup> *United States v. Grubbs*, 547 U.S. 90, 95 (2006), citando la sentencia *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 238 (1983).

En todo caso, a la hora de decidir si una orden judicial que autoriza una detención o registro ha vulnerado la Cuarta Enmienda, el tribunal revisor adoptará un criterio más flexible en comparación con el que justificaría que el agente de policía actuara por su cuenta sin una orden judicial<sup>70</sup>. Es lógica esa diferencia de rigor en el escrutinio para comprobar si concurría *probable cause*. Ello explica también que, siempre que haya habido una base suficiente para que el juez pudiera decidir que había *probable cause*, el tribunal validará en apelación la legalidad de la orden.

Cuando la vulneración de la Cuarta Enmienda se produce por actuaciones de funcionarios federales, podrá ejercitarse frente a los mismos la denominada «acción Bivens» para reclamar los daños y perjuicios resultantes de un registro e incautación ilegales<sup>71</sup>.

## 6. BREVE REFERENCIA AL ESTÁNDAR DE *PROBABLE CAUSE* EN EL ÁMBITO EUROPEO

Los derechos a la libertad y la privacidad de la Cuarta Enmienda están reconocidos en todas las constituciones europeas, aunque normalmente figuran en disposiciones separadas: por un lado, se regula el derecho a la libertad personal y las garantías contra las detenciones ilegales y, por otro, el derecho a la privacidad o a la propiedad. Así ocurre también en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), donde el artículo 5 regula el derecho a la libertad, mientras que el derecho a la privacidad (o más bien su aproximado equivalente) se reconoce en el artículo 8 y el derecho a la propiedad en el artículo 1 del Primer Protocolo.

En el contexto europeo no suele utilizarse el término *probable cause*, lo cual no significa que no exista o no se aplique un estándar semejante para acordar medidas restrictivas de derechos fundamentales. Al analizar posibles infracciones del artículo 5 CEDH y la posible ilicitud de una detención, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) exige como regla general que concurra una «sospecha razonable», y que dicha sospecha se base en hechos o información «que satisfagan a un observador objetivo de que la persona en cuestión puede haber cometido el delito, aunque lo que pueda considerarse razonable dependerá de todas las circunstancias del caso»<sup>72</sup>. La sospecha razonable habrá de valorarse en función de todas las circunstancias concretas del caso y de la fase del procedimiento en que se llevara a cabo esa

<sup>70</sup> Vid. *Jones v. United States*, 362 U.S. 257 (1960).

<sup>71</sup> El término «*Bivens action*» se toma de la sentencia *Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403 U.S. 388 (1971), en la cual el Tribunal Supremo estableció que la vulneración de los derechos reconocidos en la Cuarta Enmienda ocasionada por agentes federales daba derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

<sup>72</sup> *O'hara v. the United Kingdom*, App no 37555/97, de 16 de octubre de 2001, §34. Vid. también *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, App nos 12244/86; 12245/86; 12383/86, de 30 de agosto de 1990, §32 *Erdagöz v. Turkey*, App no 21890, de 22 de octubre de 1997, §51.

valoración<sup>73</sup>. Así, por ejemplo, se ha entendido que la falta de comprobación efectiva de los hechos por parte de las autoridades con el fin de verificar si la denuncia estaba bien fundada suponía una vulneración del artículo 5.1.c) CEDH<sup>74</sup>.

Para el TEDH, todo control inicial acerca de la licitud de la detención debe posibilitar que se examinen cuestiones de legalidad y que esa detención está basada en una sospecha razonable de que la persona detenida ha cometido un delito<sup>75</sup>. En la sentencia *Labita c. Italia* se consideró que las pruebas de oídas no corroboradas de un informante anónimo eran insuficientes para concluir con «sospecha razonable» que el solicitante estaba implicado en actividades relacionadas con la mafia<sup>76</sup>. En el caso *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*<sup>77</sup>, el tribunal determinó que la detención y registro de una persona en un lugar público sin sospecha razonable de la comisión de un delito iba en contra del artículo 8 CEDH, ya que las facultades de las autoridades no estaban suficientemente delimitadas y la ley no establecía garantías suficientes. Sin embargo, cuando se trata de personas sospechosas de delitos relacionados con el terrorismo, el TEDH ha declarado que los gobiernos deben lograr un justo equilibrio entre el respeto a los derechos reconocidos en el artículo 8 CEDH y la necesidad de la medida para actuar contra el terrorismo<sup>78</sup>.

En términos generales, puede afirmarse que el estándar de «sospecha razonable» en la jurisprudencia del TEDH relacionado con las detenciones es más o menos equivalente al estándar de *probable cause* de la Cuarta Enmienda, si bien es cierto que el TEDH acepta con mayor facilidad un estándar variable o modulable como, por ejemplo, en casos de terrorismo.

Por lo que respecta a las injerencias en el derecho a la privacidad del artículo 8 CEDH, el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que solo serán compatibles con el Convenio cuando sean conformes a la ley, persigan uno o varios de los objetivos legítimos mencionados en el párrafo 2º de ese artículo (la investigación penal es un objetivo legítimo) y sean «necesarias en una sociedad democrática» para alcanzar dicho objetivo<sup>79</sup>. La valoración de la necesidad incluye la adecuación de la medida, la ausencia de posibilidad de utilizar medios menos intrusivos, y la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, una ponderación del carácter invasivo de la medida frente a los objetivos que persigue atendiendo, entre otros, a la gravedad del delito. No se hace referencia a *probable cause* o a «sospecha razonable», ya que, si se trata de

<sup>73</sup> *Kudla v. Poland*, App no 30210/96, de 26 de octubre de 2000.

<sup>74</sup> *Stepuleac v. Moldova*, App no 20269/09, 24065/09, de 16 de marzo de 2010, §73; *Elci and Others v. Turkey*, App no. 23145/93, 25091/94, de 13 de noviembre de 2003, §674.

<sup>75</sup> *McKay v. the United Kingdom* [GC], App no 543/03, de 3 de octubre de 2006, §40; *Oral and Atabay v. Turkey*, App no 39686/02, de 23 de junio de 2009, §41.

<sup>76</sup> *Labita v. Italy* [GC], App no, 26772/95, de 6 de abril de 2000, §156 y ss.

<sup>77</sup> *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, App no 4158/05, de 12 de enero de 2010. Vid. especialmente §87 de la sentencia.

<sup>78</sup> *Murray v. the United Kingdom*, App no 14310/88, de 28 de octubre de 1994, §90-91.

<sup>79</sup> *Vinks and Ribicka v. Latvia*, App no 28926/10, de 30 de enero de 2020, §93-104.

medidas adoptadas en el ámbito de una investigación penal, la constatación de esa sospecha razonable ya se habrá establecido previamente para proceder a la incoación de un proceso penal y a la investigación penal.

A nivel nacional, los códigos de procedimiento penal regulan diferentes estándares o grados de sospecha (*Verdachtsgrad*) para las diferentes decisiones a lo largo del proceso penal. En Alemania, conforme a la *Strafprozessordnung* (StPO), para autorizar el registro de un lugar cerrado es preciso que exista la sospecha de que se ha cometido un delito (*Tatverdacht*), aunque también puede autorizarse con el fin de proceder a aprehender al sospechoso, así como en los casos en que «pueda presumirse» que el registro conducirá al descubrimiento de pruebas (artículo 102 StPO). Ese grado de sospecha no puede consistir en meras conjeturas, sino que exige suficientes indicios (*zureichende tatsächliche Anhaltspunkte*) que deben referirse a la posible comisión de un delito<sup>80</sup>, pero sin que sea preciso detallar todos los hechos concretos que engloban la comisión del mismo<sup>81</sup>. La detención preventiva puede ordenarse contra el acusado si se sospecha fundadamente (*dringender Tatverdacht*, que equivale a alta probabilidad) que el sujeto ha cometido el delito y si existe un motivo para ello (riesgo de fuga, destrucción de pruebas, etc.). No podrá ordenarse la detención si es desproporcionada en relación con la gravedad del delito (artículo 112 StPO). Por último, para la apertura del juicio oral, el artículo 203 StPO establece que han de concurrir motivos suficientes para sospechar que el acusado ha cometido el delito (*hinreichender Tatverdacht*).

El término *probable cause* tampoco se encuentra en el derecho procesal penal italiano, pero varias normas y conceptos pueden considerarse muy similares. El artículo 384.1 del Codice di Procedura Penale (CPP), que regula la detención policial sin orden judicial, exige una fuerte sospecha (*gravemente indiziata*) de que la persona ha cometido un delito para el que la ley establece una pena privativa de libertad de al menos dos años. En cuanto a los registros (*perquisizioni*) de personas o lugares, la norma general establecida en el artículo 247 CPP es bastante imprecisa, ya que exige un motivo fundado (*motivo fondato*) que conduzca al descubrimiento de pruebas del delito.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) española exige, para detener a un sospechoso que aún no ha sido acusado, que haya suficientes «indicios» racionales para creer que el hecho cometido constituye un delito, y también que la persona a detener estuvo implicada en él (artículo 492 LECrim). Por «indicio» se entiende un signo aparente y probable de que hay algo tangible, una fuente de información que permite inferir la existencia de otro hecho no percibido, y se sustenta en probabilidades. La sentencia del Tribunal Supremo español 2179/2002 de 26 de diciembre de 2002 describe los tres tipos de fuentes que pueden dar lugar a indicios racionales de criminalidad y guiar a los agentes de policía en caso de detención: criterios cien-

<sup>80</sup> Vid. Knauer *et al.* (2018, vol. 1, §102 StPO, p. 1320-1331).

<sup>81</sup> Vid. Knauer *et al.* (2018, vol. 1, §102 StPO, p. 1324).



tíficos (por ejemplo, un test de alcoholemia); la experiencia acumulada en la actividad policial de prevención e investigación de delitos, y criterios lógicos, a través de los cuales el policía puede deducir que determinados elementos son indicios de un hecho delictivo. En todo caso, la detención también está sujeta al principio de proporcionalidad, de manera que no es posible, por ejemplo, en el caso de delitos menores o faltas.

En lo que concierne a la entrada y el registro de un domicilio, el artículo 546 LECrim requiere la «sospecha *razonable*» de que se encontrarán pruebas relacionadas con el delito («que puedan servir para su descubrimiento o comprobación»), mientras que para el registro de documentos la ley exige una «sospecha *grave*»; y las injerencias en el derecho a la privacidad y de las comunicaciones solo pueden autorizarse para la investigación de un delito concreto que esté sancionado con una pena de al menos tres años (artículo 579.1.1 LECrim y 588 ter a) LECrim), y respecto del cual existan «*indicios racionales*». Además, la orden debe garantizar el cumplimiento de los principios de necesidad y proporcionalidad (artículo 588 bis a) LECrim).

En cuanto al concepto de «indicios racionales», son aquellos que permitirían creer que una determinada persona ha cometido un delito. Para iniciar un procedimiento penal basta con la mera probabilidad —o posibilidad en el sentido equivalente a probabilidad— de que se haya cometido un hecho delictivo y, en ocasiones, el Tribunal Supremo ha declarado que no es necesario un indicio racional de la comisión de un delito, bastando la *notitia criminis* sustentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que pudo haberse cometido un delito, se está cometiendo o se cometerá<sup>82</sup>.

Para la imputación, o para la adopción de medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales como el registro y la incautación, el estándar exigido es la probabilidad de participación de una determinada persona en un hecho delictivo y, en el caso de la medida de entrada y registro «indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito...» (artículo 546 LECrim). Esto implica el conocimiento de hechos que demuestren que hay algo más que una posibilidad y algo menos que una certeza. Esta creencia racional no debe ser consecuencia de vagos signos o leves sospechas, sino que ha de ser el resultado lógico de un acto que pueda dar lugar a responsabilidad de la persona a procesar. El Tribunal Supremo, en su sentencia 153/2015, de 18 de marzo define lo que se son indicios racionales a efectos de adoptar una medida de investigación limitativa de derechos fundamentales (en aquella ocasión, una interceptación de comunicaciones) en los siguientes términos:

---

<sup>82</sup> STS 32/1995, de 4 de diciembre de 1995: «Como ya destacó la reciente sentencia de este Tribunal 671/1995, de 22 de mayo, se trata de una diligencia no posterior al descubrimiento del delito, sino anterior y destinada a la averiguación y descubrimiento, exigiendo el requisito del *periculum in mora*, o riesgo del retardo, bastando con una sospecha objetivada de datos conducentes para considerar como fundada la resolución habilitante» (FD 1).

Recordemos que las máximas de experiencia también llamadas en el derecho anglosajón estándares de actuación son juicios hipotéticos de contenido general independientes del caso concreto a decidir en el proceso, y que han sido adquiridos mediante la verificación de su reiteración en el tiempo, aunque son autónomos de los casos singulares de cuya observación se infieren. Vienen a ser un juicio lógico obtenido del examen de casos semejantes, y que tienen el valor de juicios, reglas o normas de comportamiento que tienen un valor complementario pudiendo ser utilizadas por el Juez. Obviamente no son verdades *urbi et orbe* aplicables al caso concreto, pero sí tienen el valor de ser un criterio de interpretación que con carácter auxiliar pueden ayudar al Juez en la toma de su decisión teniendo el valor de corroborar la decisión adoptada por el Juez en el caso concreto. (FD 5º).

Con carácter general, por tanto, se puede afirmar que el concepto de «indicios racionales de criminalidad» es equivalente al de *probable cause*, aunque para restringir derechos fundamentales el sistema español exige también cumplir con el test de proporcionalidad, teniendo en cuenta, entre otros, la gravedad del delito.

En los tres ordenamientos jurídicos europeos mencionados anteriormente, al igual que en Estados Unidos y salvo casos muy excepcionales, para la medida de entrada y registro e incautación se requiere una orden judicial previa suficientemente motivada, y la policía solo puede llevar a cabo una entrada y registro de un domicilio sin ella en casos de urgencia, riesgo de fuga o riesgo de destrucción de pruebas que no permitan esperar a esa orden judicial. También se autoriza para proceder a la detención de un sujeto sospechoso, bien por delito flagrante o porque ya exista frente al mismo una orden judicial de detención.

A diferencia del sistema estadounidense, la violación de estas normas en Europa no conduce automáticamente a la exclusión de las pruebas obtenidas mediante una detención o un registro sin indicios racionales suficientes, pues muchos sistemas jurídicos (aunque no el italiano ni el español) aplican un sistema flexible de exclusión de prueba, ponderando la gravedad de la lesión frente a la gravedad del delito y la relevancia de la prueba para su enjuiciamiento.

## 7. A MODO DE CONCLUSIÓN

La existencia de *probable cause* es una garantía fundamental para la protección de algunos de los derechos constitucionales más preciados de las personas, a saber, su libertad y su privacidad. Al establecer límites a la actuación del Estado en la esfera de los derechos de los ciudadanos, también contribuye a prevenir la frecuente tendencia de todo gobierno al abuso de poder y, por tanto, los riesgos de derivas autoritarias.

En el ámbito estadounidense se aplica —a diferencia de Alemania o Italia— el mismo estándar o grado de sospecha para autorizar una detención, un registro de la persona, así como una entrada y registro de un lugar, no siendo inusual que la policía actúe de propia mano sin orden judicial previa a realizar una entrada en domicilio con el fin de efectuar una detención. La *probable cause*, la «sospecha razonable» y los «indicios racionales» de la comisión de un delito, pueden considerarse conceptos

análogos en abstracto. Sin embargo, su aplicación al caso concreto experimenta variaciones notables: cuándo existen razones suficientes para detener legítimamente a una persona o invadir su privacidad en el contexto de una persecución penal, dependerá de cómo los tribunales interpreten esos conceptos. Se trata de estándares que remiten a una probabilidad, y los elementos para apreciar si tal probabilidad concurre o no (de que se haya cometido un delito, de que se encuentren pruebas en un domicilio, etc.), depende de criterios prácticos difíciles de catalogar y sistematizar. De una manera u otra, volvemos siempre a la noción de «razonabilidad»: aquello que, valorado por una persona prudente, tendería a estimar como probable a la vista del relato fáctico u otros elementos probatorios en cada momento del proceso penal.

Si comparamos el estándar estadounidense de *probable cause* y sus análogos europeos, la principal diferencia entre ellos radica fundamentalmente en que, a los efectos de la Cuarta Enmienda norteamericana, *probable cause* con carácter general —aunque hay alguna excepción— es un estándar fijo. Es decir, se requiere el mismo nivel de sospecha o certeza para autorizar una injerencia en los derechos a la libertad y a la privacidad con independencia de la gravedad del hecho delictivo. Además, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial de la Cuarta Enmienda, no hace falta un delito con una pena mínima para autorizar esas medidas; la ponderación de intereses juega un papel casi irrelevante en ese contexto. Lo cual choca con la concepción del principio de proporcionalidad de la restricción de medidas que rige en el ámbito europeo. Es cierto que hay voces que reclaman en el ámbito estadounidense que se flexibilice el estándar de *probable cause*, pero hasta ahora no han llegado a reflejarse en la doctrina del Tribunal Supremo.

Por otro lado, sobre la premisa de que se cumple el principio de proporcionalidad de la medida, el enfoque europeo podría considerarse ligeramente más flexible: la ausencia de *probable cause* no convierte esa intromisión automáticamente en ilegal, siempre que pueda demostrarse que era necesaria y proporcionada. Además, en el ámbito europeo, no toda infracción de la *probable cause* conllevará la exclusión de la prueba obtenida. Teniendo en cuenta que en el sistema estadounidense una violación de la *probable cause* determinará la exclusión de las pruebas obtenidas —salvo ciertas excepciones normalmente basadas en la buena fe, etc.—, quizás habría de plantearse si no sería conveniente un nivel variable de *probable cause* para contrarrestar la rigidez de la regla de exclusión.

En relación con la suficiencia de informaciones recibidas por confidentes, en el ámbito español, nuestro Tribunal Supremo ha sostenido que la mera información confidencial no es suficiente si es el único indicio<sup>83</sup>, a diferencia del Tribunal Su-

---

<sup>83</sup> STS de 19 de junio de 2008: «La noticia confidencial no es suficiente ni como prueba valorable en el proceso judicial, ni como dato para justificar por sí sola, como único indicio, la restricción de los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución. La noticia confidencial recibida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, podrá servir de base para practicar las investigaciones necesarias a fin de confirmarla mínimamente, con el objeto de aportar a la autoridad judicial algo más que la mera

premo USA para el cual, como se ha visto antes, lo relevante no es la corroboración con otros indicios de la información confidencial, sino la fiabilidad del propio confidente.

Sea como fuere, es importante ser conscientes de esas diferencias de matiz, pues existe una tendencia general a equiparar «indicios racionales» o «motivos fundados» con *probable cause*, y ello genera dificultades en la cooperación internacional. Así, desde la perspectiva europea se considera que, si el delito investigado es grave, puede reducirse la justificación del grado de sospecha. Igualmente tiende a pensarse que, si la prueba requerida no implica una seria intromisión en la esfera de privacidad de un individuo —como en el caso, por ejemplo, de «solo» acceder a unos datos electrónicos— la justificación de *probable cause* podría suavizarse. Y no es así.

Por último, resta por debatir cuál es el impacto que pueden tener los algoritmos para determinar la existencia de indicios de criminalidad en la esfera de nuestra libertad y privacidad. A través de lo que se denomina *private/corporate surveillance*, que se canaliza a través de las compras, búsquedas en internet, redes sociales, *internet of things* o la vigilancia financiera para la prevención de la financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales, las esferas de nuestra privacidad que están expuestas cada vez son mayores<sup>84</sup>. Si a ello se suma la extendida vigilancia pública en *smart cities*, a través de videocámaras y sistemas de reconocimiento facial, además de los programas para diseñar estrategias de seguridad y detección/prevenición de crimen «*intelligence-led*», a nadie se le escapa que utilizar el *big data* con fines de identificar sospechosos, representa una clara amenaza para la barrera de protección que constituye la Cuarta Enmienda. Los datos que autorizarán las intromisiones los facilitará directamente el sistema de análisis de *big data*, y una vez identificada la posible sospecha por el programa, el *automated algorithm suspicion assessment*, abrirá la puerta a que el Estado restrinja nuestra libertad y nuestra privacidad.

Por ello, resulta más necesario que nunca replantearse el alcance de la *probable cause* y cómo articular la defensa del individuo frente al enorme poder del Estado no solo de vigilarnos, sino de utilizar la vigilancia para justificar su actuación penal generando los «indicios racionales» a través del procesamiento de *big data*. Quizás sea el momento de reinterpretar esta garantía no solo exigiendo un estándar acerca de la probabilidad de que un sujeto haya cometido un hecho delictivo para entrar en la esfera de su privacidad, sino limitando el uso de *mass surveillance* y procesamiento de *big data* para crear la *probable cause*.

---

información confidencial al solicitar el registro domiciliario del ciudadano o cualquier otra medida que lesione los derechos fundamentales o las libertades básicas del individuo, pero, por sí sola, la información del confidente anónimo no puede justificar la lesión de esos derechos y libertades cuando no venga respaldada por una mínima confirmación posterior» (FD 2).

<sup>84</sup> Al respecto, vid. Ferguson (2017, p. 172 y ss.).

## BIBLIOGRAFÍA

- Antkowiak, B. A. (2007). Saving Probable Cause. *Suffolk University Law Review*, 40(3).
- Bacigal, R. J. (2004). Making the Right Gamble: The Odds on Probable Cause. *Mississippi Law Journal*, 74, 279-340.
- Bellin, J. (2011). Crime-Severity Distinctions and the Fourth Amendment: Reassessing Reasonableness in a Changing World. *Iowa Law Review*, 97, 1-48.
- Cuddihy, W. J. (2009). *The Fourth Amendment: Origins and Original Meaning*. Oxford University Press.
- Colb, S. F. (1998). The Qualitative Dimension of the Fourth Amendment «Reasonableness». *Columbia Law Review*, 98(7), 1642-1725.
- Dei Vecchi, D. (2020). *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Zela-Ceji.
- Ferguson, A. G. (2017). Big Data Surveillance: The Convergence of Big Data and Law Enforcement. En D. Grey y S. E. Henderson (Eds.), *The Cambridge Handbook of Surveillance Law*. Cambridge University Press.
- Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- Flach, P. (2012). *Machine Learning: The Art and Science of Algorithms that Make Sense of Data*. Cambridge University Press.
- Gómez Colomer, J. L. (2021). *El indicio de cargo y la presunción judicial de culpabilidad en el proceso penal*. Tirant lo Blanch.
- Haack, S. (2014). Legal Probabilism: An Epistemological Dissent. En *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law* (pp. 47-77). Cambridge University Press.
- Knauer, C., Kudlich, H. y Schneider, H. (2018). *Münchener Kommentar StPO* (Vol. 1). Beck.
- LaFave W. R. (2004). *Search and Seizure: A Treatise of the Fourth Amendment* (4ª ed.). West Publishing Co.
- Lee, C. (2020). Probable Cause with Teeth. *George Washington Law Review*, 88(2), 269-326.
- Martínez-Torrón, J. (1991). Derecho angloamericano y derecho canónico: las raíces canónicas de la «common law». *Revista española de derecho administrativo*, 76, 689-693.
- Nieva Fenoll, J. (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba. *InDret*, 3, 406-437.
- Ortman, W. (2016). Probable cause revisited. *Stanford Law Review*, 68, 511-568.
- Rich, M. L. (2016). Machine Learning, Automated Suspicion Algorithm, and the Fourth Amendment. *University of Pennsylvania Law Review*, 164, 871-929.
- Shapiro, B. (1991). *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause*. University of California Press.
- Slobogin, C. (1991). The World Without a Fourth Amendment. *UCLA Law Review*, 39(1), 1-107.
- Stuntz, W. J. (2001). O. J. Simpson, Bill Clinton, and the Transsubstantive Fourth Amendment. *Harvard Law Review*, 114(3), 842-876.
- Stuntz, W. J. (2002). Local Policing After the Terror. *The Yale Law Journal*, 111(8), 2137-2194.
- Weber, J. K. (1982). The Birth of Probable Cause. *Anglo-American Law Review*, 11(2).

## Legislación y jurisprudencia

- Aguilar v. Texas*, 378 U.S. 108 (1964).
- Barber v. Page*, 390 U.S. 719, 725 (1968).
- Beck v. Ohio*, 379 U.S. 89 (1964).
- Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403 U.S. 388 (1971).
- Bordenkircher v. Hayes* 434 U.S. 357, 364 (1978).
- Brinegar v. United States* 388 U.S. 160, 174 (1949).
- Boyd v. United States* 116 U.S. 616, 624 (1886).
- Byars v. United States* 237 U.S. 28 (1927).
- Carpenter v. United States* 585 U.S. \_\_\_ (2018).

- Carroll v. United States* 267 U.S. 132 (1929).  
 COM (2018). Propuesta de Reglamento sobre la orden europea de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, de 17 abril 2018.  
*Devenpeck v. Alford*, 543 U.S. 146 (2004).  
*Dumbra v. United States* 268 U.S. 435 (1925).  
*Elci and Others v. Turkey*, App no. 23145/93, 25091/94, de 13 de noviembre de 2003  
*Erdagöz v. Turkey*, App no 21890, de 22 de octubre de 1997  
*Franks v. Delaware* 438 U.S., 154, 171 (1978).  
*Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, App nos 12244/86; 12245/86; 12383/86, de 30 de agosto de 1990  
*Gerstein v. Pugh* 420 U.S. 103, 125 (1975).  
*Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, App no 4158/05, de 12 de enero de 2010.  
*Giordenello v. United States* 357 U.S. 480 (1950).  
*Henry v. United States* 361 U.S. 98, 102 (1959).  
*Illinois v. Gates* 462 U.S. 213 (1983).  
*Jones v. United States* 362 U.S. 257 (1960).  
*Katz v. United States* 389 US 347 (1967).  
*Kudla v. Poland*, App no 30210/96, de 26 de octubre de 2000.  
*Labita v. Italy* [GC], App no, 26772/95, de 6 de abril de 2000  
 Ley de Enjuiciamiento Criminal. «Gaceta de Madrid» núm. 260, de 17/09/1882  
*Maryland v. Pringle* 540 U.S. 366, 371 (2003).  
*McKay v. the United Kingdom* [GC], App no 543/03, de 3 de octubre de 2006  
*Morrissey v. Brewer* 408 U.S. 471, 485 (1972).  
*Murray v. the United Kingdom*, App no 14310/88, de 28 de octubre de 1994  
*O'hara v. the United Kingdom*, App no 37555/97, de 16 de octubre de 2001  
*Oral and Atabay v. Turkey*, App no 39686/02, de 23 de junio de 2009  
*Ornelas v. United States* 517 U.S. 690, 695 (1996).  
*Riley v. California*, 573 U.S. 373 (2014).  
*Samson v. California* 547 U.S. 843 (2006).  
*Spinelli v. United States* 393 U.S. 410 (1969).  
 STC 26/2010, de 27 de abril  
*Stepuleac v. Moldova*, App no 20269/09, 24065/09, de 16 de marzo de 2010  
*Steel v. United States*, 267 U.S. 498, 504-505 (1925).  
 STS 32/1995, de 4 de diciembre  
 STS 2179/2002, de 26 de diciembre  
 STS 611/2008, de 19 de junio  
 STS 153/2015, de 18 de marzo  
*Terry v. Ohio* 392 U.S. 1, 30 (1968).  
*Texas v. Brown* 460 U.S. 730 (1983).  
*United States v. Grubbs* 547 U.S. 90, 95 (2006).  
*United States v. Harris* 403 U.S. 573 (1971).  
*United States v. Knight* 534 U.S. 112, 118-121 (2001).  
*United States v. Sokolow* 490 U.S. 1, 7(1989).  
*United States v. Ventresca* 380, U.S. 102 (1965).  
*Vinks and Ribicka v. Latvia*, App no 28926/10, de 30 de enero de 2020  
*Whitley v. Warden* 401 U.S. 560, 564 (1971).  
*Winship* 397 U.S. 358 (1970).