



**UNIVERSIDAD
DE MURCIA**

<http://revistas.um.es/analesderecho>

**ANALES
de
DERECHO**

**LA RELATIVIZACIÓN DE LA PRUEBA
ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL**

PABLO MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Graduado en Derecho UMU

SERVICIO DE
PUBLICACIONES
UMU



La relativización de la prueba ilícita en el proceso penal español

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto examinar la controversia más relevante en materia de ilicitud probatoria: su tendencia relativizadora en nuestra jurisprudencia. Para ello, se procederá al estudio individualizado de tres sentencias; a saber, las 81/1998 y 97/2019, del Tribunal Constitucional, y la 116/2017, del Tribunal Supremo. Se logrará con ello no sólo interpretar sus teorías, sino también justificar sus mudanzas, a fin de aportar una panorámica general acerca de una problemática que, cada vez más, amenaza nuestro proceso penal.

Palabras clave: *prueba ilícita, prueba refleja, regla de exclusión, proceso penal, relativización, derechos fundamentales.*

“The relativization of illegally obtained evidence in Spanish criminal proceedings.”

Abstract

The purpose of this paper is to examine the most relevant controversy in the field of evidential unlawfulness: its relativizing trend in our case law. To do so, we will proceed to the individualised study of three rulings, namely 81/1998 and 97/2019, of the Constitutional Court, and 116/2017 of the Supreme Court. In this way, we will not only be able to interpret their theories, but also justify their changes, in order to provide a general overview of a problem that is increasingly threatening our criminal proceedings.

Palabras clave: *illegally obtained evidence, indirect evidence, exclusionary rule, criminal procedure, relativization, fundamental rights.*



SUMARIO: I. CONTEXTUALIZACIÓN. II. BREVE INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA. III. LA PRUEBA REFLEJA Y LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD. 1. La STC 81/1998, de 2 de abril, y el nacimiento de la conexión. 2. Consecuencias de la teoría: en especial, la confesión del inculpado. 3. Críticas doctrinales a la teoría de antijuridicidad. IV. LA PRUEBA DIRECTA Y SU INSTRUMENTALIZACIÓN. 1. La STS 116/2017 y la prueba obtenida por particulares. 1.1. Supuesto de hecho. 1.2. Argumentación jurídica. 1.3. Comentarios a la resolución. 2. La STC 97/2019 y la degradación de la prueba ilícita. 2.1. Contexto del análisis. 2.2. Argumentación jurídica. 2.3. Comentarios a la resolución. V. CONCLUSIÓN.

I. CONTEXTUALIZACIÓN

La prueba ilícita constituye uno de esos pocos institutos dentro del Derecho procesal capaces de generar equivalente controversia en el ámbito jurídico y periodístico. También conocida como prueba irregular o prohibida, la exclusión probatoria se ha convertido en una problemática habitual en nuestro sistema, que acostumbra a recorrer con frecuencia la opinión pública y se resiste a abandonar por completo las noticias y telediaros.

Las discusiones sociales en torno a su admisibilidad son muchas y muy variadas, pero no lo son menos las jurídicas. La eterna pugna entre seguridad colectiva y libertad individual, pese a tener su interés, no es más que la idea que subyace al verdadero inconveniente: el conflicto entre búsqueda de la verdad y derechos fundamentales.

Y es que los derechos fundamentales no reciben tal calificativo de forma clónica o estereotipada, sino por constituir el pilar sobre el que se aposenta nuestro ordenamiento. Su respeto, por tanto, resulta conducta obligada en todo caso (incluida la investigación penal) y así lo estableció la STC 114/1984, de 29 de noviembre. La búsqueda de la verdad a toda costa no es, en principio, un objetivo constitucionalmente legítimo.

Hoy día, sin embargo, presenciamos con estupor el surgimiento de corrientes divergentes, que deciden poner en entredicho lo que hasta no hace tanto se daba por sentado. Un jurista que se precie no puede, so pena de incumplir sus deberes deontológicos, hacer oídos sordos frente a dicha realidad, sino que lo mínimo que debe hacer es estudiarla. Solo así estará en condiciones suficientes como para comprender sus motivantes y expresar con conocimiento de causa un juicio crítico a su resolución.

Nuestro objetivo con estas páginas no es el de abordar todas y cada una de las vertientes que componen esta corriente de opinión. Entre otras razones, por no permitirle la extensión de este trabajo. Nos centraremos, por el contrario, en solo una. Aquellas que,

a nuestro humilde modo de ver las cosas, más ilustrativa resulta en orden a exponer la problemática: la inclinación jurisprudencial relativizadora.

II. BREVE INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

No cabe duda de que la STC 114/1984 fue, pese a todas sus imprecisiones, una resolución valiente. Ciertamente, rehusó tratar cuestiones importantes. Disyuntivas que, si hubiera zanjado cuando pudo hacerlo, hubiesen evitado muchas de las posturas sobrevenidas con posterioridad. Así, escritos como el presente resultarían superfluos, y razonamientos como los que ahora se analizan constituirían poco más que meros ejercicios de retórica. Por desgracia, nada sucedió como se indica, y prueba de ello es la situación en que, hoy día, nos hallamos.

Las mencionadas ambigüedades, aunque indudablemente condicionaron su integridad futura, ni mucho menos llegaron hasta el punto de impedirle cumplir con su función más inmediata: sembrar el germen de la actual regulación de la prueba ilícita, el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ). De hecho, si examinamos apropiadamente el contexto en que la resolución fue dictada, nos percataremos de que lo que tampoco cabe exigir de ella es lo que ni esta ni nadie puede: predecir el futuro. Como es sabido, la STC 11/1984 era, al tiempo de dictarse, acreedora de la existencia de una disposición legal que explicitara la nulidad de la prueba ilícita. De ahí que sus posibilidades a la hora de sentar una doctrina estrechamente vinculada con una materia como los derechos fundamentales fuesen, cuando menos, limitadas.

Serían precisamente tales limitaciones las que, junto con cierta tendencia divinizadora del castigo, dieran carta de naturaleza a pronunciamientos como los que ahora se examinan; los que, en definitiva, pusieron fin a la prueba ilícita tal y como la conocíamos. Las SSTC 81/1998, de 2 de abril, y 97/2019, de 16 de julio, son consideradas por muchos autores como los últimos suspiros de un instituto que prácticamente agoniza desde que nació: la primera, referida a la prueba refleja, relativizó las excepciones hasta puntos del todo inadmisibles; la segunda, relacionada con la directa, consumó un proceso de «desconstitucionalización» que ya hacía tiempo amenazaba con sucederse. Por toda su importancia, procede desarrollarlas.

III. LA PRUEBA REFLEJA Y LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD

1. La STC 81/1998, de 2 de abril, y el nacimiento de la conexión

La STC 81/1998, de 2 de abril, se erige como la resolución judicial más importante en materia de excepciones al efecto reflejo de la regla de exclusión. En ella, el Alto Tribunal optó por romper con la tendencia eminentemente causalista imperante hasta el momento, e implantar la conocida como «teoría de conexión de antijuridicidad». Su repercusión, por todos los juristas admitida, la patentizan también muchas de las resoluciones posteriores, que no dudan en referirse a ella como un «antes y después» en la jurisprudencia¹.

Así, el pronunciamiento cuyo examen se pretende trae causa de las sentencias condenatorias 211/93 y 523/94², que castigaron al recurrente por un delito contra la salud pública con base, exclusivamente, en unas intervenciones telefónicas que luego fueron declaradas nulas. El recurrente en amparo, detenido en posesión de dos paquetes de hachís, esgrimió como defensa la vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías, por entender que no había existido actividad probatoria suficiente como para desvirtuar su derecho a la presunción de inocencia. El Tribunal, sin embargo, desestimó la pretensión, por considerar independiente la diligencia policial de las pruebas ilícitamente obtenidas. Ello, en un claro esfuerzo por intentar compatibilizar realidades hipotéticamente antagónicas: respeto de jurisprudencia predominante y realización de «justicia material».

Porque el Tribunal Constitucional, que comienza su razonamiento con una intachable descripción teórica de la construcción sentada en 1984, introduce después ideas innovadoras que, bien examinadas, cuando menos escamotean los fundamentos de su premisa primitiva. Defiende el carácter objetivo de la garantía y, así, su vinculación con el propio sistema de derechos fundamentales (en concreto, los del art. 24.2 CE), para luego reputar precisamente dicha relación como la justificación misma de la limitación. Pues, según reza textualmente el Fundamento Jurídico 4.º (en lo sucesivo, FJ) de la STC 81/1998, de 2 de abril:

¹ *Vid.*, entre otras, las SSTS (Sala 2ª) 811/2012, de 30 de octubre (FJ 5 y 6), y 511/2015, de 21 de julio (FJ 6 y 7).

² Citadas en la STC 81/1998, de 2 de abril, de la que el asunto trae causa.

«(...) *los derechos fundamentales no son ilimitados ni absolutos*³ (STC. 254/1988, fundamento jurídico 3.º), [y prueba de ello es que] en supuestos excepcionales hemos admitido que, pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él, y en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia (SSTC 86/1995, fundamento jurídico 4.º, y 54/1996, fundamento jurídico 9.º)».

El carácter no absoluto de los derechos fundamentales actúa aquí, como puede apreciarse, como justificación de un deseo de añadir nuevos requisitos en la aplicación de la regla de exclusión. Lo que antes constituía una excepción distinguible solo en supuestos (muy extraordinarios) de confesión del inculpado, se torna ahora regla general. Como señala MIRANDA ESTRAMPES⁴, para el reconocimiento de la eficacia refleja no basta ya con la conexión causal entre prueba originaria y derivada, sino que a la misma resulta necesario sobreañadir una «conexión de antijuridicidad», cuya concurrencia dependerá de la valoración que caso por caso realice el propio tribunal. Es lo que a su vez TERRASSA ORTUÑO⁵ califica, de modo muy ilustrativo, como «carácter del contagio»: una mera reiteración del juicio de proporcionalidad propio de la prueba originaria, que a partir de ahora se extrapola también a la derivada y se caracteriza por su autónoma duplicidad⁶.

Ahora bien, el Alto Tribunal, probablemente consciente de que una formulación tan amplia como la reproducida suponía poco menos que derogar tácitamente la eficacia refleja de la regla de exclusión, señaló un par de criterios (denominados perspectivas externa e interna) que los tribunales de instancia habrían de seguir a la hora de aplicar la recién formulada teoría de la conexión. Defendió, en suma, la necesidad de atender

³ La cursiva es nuestra.

⁴ MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, 2004, p. 130.

⁵ TERRASSA ORTUÑO, F., «Prueba penal ilícita: fundamento de la regla de exclusión y sus excepciones», *Revista jurídica de les Illes Balears*, nº 17, 2019, pp. 21-22.

⁶ Claro ejemplo de ello sería la archiconocida STC 173/2011, de 7 de diciembre, que denegó el amparo solicitado por el recurrente frente a la condena por tenencia (y distribución) de pornografía infantil, sobre la base de que tanto el descubrimiento del material ilícito por parte del técnico de reparación, como la ulterior puesta a disposición y acceso no autorizado por la Policía fueron, en definitiva, lícitos.

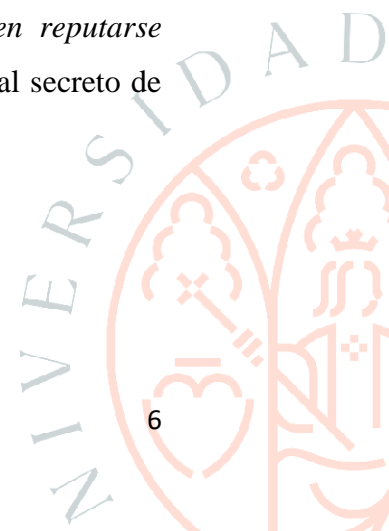
tanto a la entidad y resultado de la vulneración, como a las necesidades de tutela derivadas:

«Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues solo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (STC 11/1981, fundamento jurídico 8.º)» (STC 81/1998, de 2 de abril)».

De esa modo logró sostener el Tribunal, en el presente caso, la licitud de las pruebas obtenidas. Por un lado, entendió que de la conducta en qué consistía la vulneración (falta de expresión del presupuesto legitimador) no resultaba posible inferir entidad suficiente como para reconocer la conexión; por otro, que de los resultados derivados de la misma (información sobre la posición del acusado) no podía reputarse indispensabilidad, dadas las labores de vigilancia presentes al momento de producirse aquella. Si a lo anterior añadimos la falta de intencionalidad de los agentes actuantes, resulta imposible estimar (a juicio del Tribunal) la existencia de una necesidad de tutela en el derecho:

«Ese dato excluye tanto la intencionalidad como la negligencia grave y nos sitúa en el ámbito del error, *frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables*⁷ desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones» (STC 81/1998, de 2 de abril).

⁷ La cursiva es nuestra.



Hecha abstracción de una aseveración tan discutible como la que se acaba de exponer, no cabe duda de que todo aquel lector que haya permanecido atento durante la argumentación no habrá podido evitar percatarse de una realidad muy evidente: que las perspectivas externa e interna inherentes a la teoría de la conexión no constituyen más que la conjugación de ideas ya existentes. Así lo ponen de manifiesto DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES⁸, que al referirse a la perspectiva interna, sostienen no ser esta otra cosa «más que la formulación de la excepción del descubrimiento inevitable, a la que se añade a posteriori la del nexo causal atenuado, fundamentalmente en el caso de las confesiones».

Similar conclusión pudiera extraerse respecto de la perspectiva externa, pero no sin ciertos matices. Porque aunque las conocidas como «necesidades de disuasión» son, como se desprende del tenor literal del art. 11.1 LOPJ, ajenas a nuestra legislación («En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»), ello no quiere decir que su consideración sea creación de nuestra jurisprudencia. Antes bien, habrán sido tribunales extranjeros (en concreto, los estadounidenses) quienes, con mayor profusión, hayan hecho uso del «*deterrent effect*» a la hora de aplicar la «*exclusionary rule*». De ahí que sentencias como la que ahora se analiza constituyan, como señala RODRIGUEZ RUIZ⁹, ejemplo del papel cada vez más relevante de la jurisprudencia mencionada (y sus principios) en nuestro país.

Conviene remarcar, por último, que en ningún caso es esta una predisposición exclusiva de nuestro Estado. Diversos autores, entre ellos ARMENTA DEU¹⁰, han dedicado una ingente cantidad de páginas al estudio de la prueba ilícita desde el Derecho comparado, y la inmensa mayoría de ellos han llegado siempre a la misma conclusión: que la restricción del efecto reflejo de la regla de exclusión con base en postulados propios del

⁸ DÍAZ CABIALE, J. Y MARTÍNEZ MORALES, R., «La teoría de conexión de antijuridicidad», *Revista Jueces para la Democracia*, n.º 43, 2002, p. 46.

⁹ RODRÍGUEZ RUÍZ, B., «El coste de los derechos fundamentales. Un comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 3, 1999, p. 332

¹⁰ ARMENTA DEU, T., «La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)», en *Ius et Praxis v. 13*, n.º 2, 2007, apartado 3, disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200014&script=sci_arttext (consultado, por última vez, el 27/03/2023); también BARRANCO GÁMEZ, J., «Excepciones a la conexión de antijuridicidad para el tribunal constitucional», pp. 27-34, disponible en <http://www.icahuelva.es/wp-content/uploads/descargas/doctrinales/articulos-doctrinales-Excepciones-TC.pdf> (consultado, por última vez, el 27/03/2013).

Derecho Norteamericano es una tendencia cada vez más consolidada en los Estados Continentales; Italia, Portugal u Holanda son solo algunos de ellos.

2. Consecuencias de la teoría: en especial, la confesión del inculpado

Razonamientos como los que esta sentencia desarrolla han tenido consecuencias manifiestas en nuestra jurisprudencia. Era del todo evidente, por un lado, que una construcción teórica tan encorsetada como la elaborada por el Tribunal Constitucional en 1984 era propicia a sufrir limitaciones; ejemplo de ello es la STC 64/1986, de 21 de mayo, donde se aprecia claramente el deseo del Tribunal de cercenar su extensión y restringir sus efectos (en concreto, a supuestos de «obtención»¹¹). No lo era tanto, por otro, que la respuesta a semejante situación fuera a ser una resolución como la presente que, por su excesiva vaporosidad, por poco remueve la naturaleza misma de la regla de exclusión.

En efecto. La regla de exclusión, no debe olvidarse, también es *regla general*. Y como tal, resulta incompatible con cualesquiera elucubraciones jurídicas cuyo objetivo sea el de subordinar aquella a criterios que, por su indefinición, pudieran reputarse como abstractos. De sostenerse algo distinto, la imprecisión actuaría en beneficio de los vulnerantes, quienes no dudarían en hacer uso de la misma con la pretensión de anular *de facto* la regla de exclusión; sus contornos, con el tiempo, quedarían tan desdibujados que se tornaría imposible diferenciarla de una simple cláusula de estilo.

Conscientes de dicha realidad, Tribunal Supremo y Constitucional abogaron por una interpretación prudente de la teoría de la conexión de antijuridicidad; da fe de ello la STS (Sala 2ª) 1203/2002, de 18 de junio, que en su FJ 3.º sostiene lo siguiente:

«(...) es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada "conexión de antijuridicidad" (...) pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art 11 1º de

¹¹ MIRANDA ESTRAMPES, M., «La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva delimitación», *Revista Jueces para la Democracia*, nº 47, 2003, p. 55, donde se ponen de manifiesto tanto la insuficiencia del concepto de indefensión del art. 238 LOPJ como las consecuencias disparatadas derivadas de su utilización; también MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 44-47.

la LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985¹²».

En conclusión, son incorrectas todas aquellas formas de razonamiento bajo las que subyazca una clara predisposición a convertir la teoría de la conexión en un patrón. Y aunque ello sea, en principio, predicable de la actuación de todo órgano, no sin cierta particularización según su posición. Reproduce como curiosidad RIVES SEVA¹³ la posición del Ministerio Fiscal, recogida en el Oficio de 21 de octubre de 2014 del Fiscal General Del Estado, donde se alude a:

«(...) la necesaria prudencia que debe presidir la toma de decisiones sobre nulidad, prudencia que -si cabe- aún debe reforzarse cuando es el Fiscal el que toma posición, pues lo usual será que si opta por considerar nula la prueba, el órgano de enjuiciamiento no podrá pronunciarse. En este contexto, *los Sres. Fiscales, en principio, deberán defender la tesis de la desconexión de antijuridicidad en los supuestos de ulterior autoincriminación del sujeto investigado*¹⁴».

Sentado lo anterior, procede mencionar que bajo la cobertura de la teoría de la conexión terminaron por surgir multiplicidad de nuevas excepciones; la mayoría, inapelablemente derivadas de la simple relativización de teorías causalistas ya existentes. Especialmente clarificador a este respecto resulta MIRANDA ESTRAMPES¹⁵, que a la hora de abordar el tema tiende a referirse a «descubrimiento probablemente independiente» y «confesión voluntaria del inculpado».

Por lo que a la primera se refiere, y de conformidad con el mencionado autor, su primera apreciación tuvo lugar en la ya analizada STC 81/1998 (que, según se exponía, no consideraba la indispensabilidad una cualidad predicable de la información obtenida con la vulneración). La teoría se basa, en pocas palabras, en atenuar el estándar de «inevitabilidad» exigido por la teoría del «descubrimiento inevitable», de fundamento causal y originaria de la jurisprudencia americana («*inevitable discovery*»),

¹² Vid. entre otras, la STC 81/1998, de 2 de abril (FJ 4) y la STS, 43/2013, de 22 de enero (FJ 5).

¹³ RIVES SEVA, A., «La prueba ilícita penal y su efecto reflejo», *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 3, 2017, p. 32.

¹⁴ La cursiva es nuestra.

¹⁵ MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, nº 22, 2010, pp. 148-150.

sustituyéndolo por el de «probabilidad». A ella se refiere también GÁLVEZ MUÑOZ¹⁶, calificándola de «prueba hipotéticamente independiente» y entendiéndola aplicable a supuestos donde se estime que la prueba controvertida no deriva ineludiblemente de la actuación conculcadora.

En cuanto a la segunda, merece una mayor consideración. Constituye sin duda alguna la excepción que, surgida la conexión de antijuridicidad, mayores críticas ha recibido por parte de nuestra doctrina. Porque si bien cabe residenciar su nacimiento en un momento anterior a aquella (en concreto, en la STC 86/1995, de 6 de junio), no fue hasta la teoría de la conexión cuando ambas comenzaron a tildarse conjuntamente de arbitrarias. De hecho, si nos fijamos bien, aunque la teoría de la conexión se consolide como tal con la sentencia del 98 (y con base en la jurisprudencia norteamericana del «*balancing approach*»), podrán apreciarse ya precedentes de su nacimiento en sentencias previas sobre confesión del inculpado, como la STS (Sala 2ª) 667/1996, de 8 de octubre.

Es muy probable que la despreocupada candidez con la que se formuló la teoría en sus inicios sea una de las principales razones por las que ha generado tanta controversia: en resumen, consideró que la confesión del inculpado, realizada con las suficientes garantías (voluntaria), tenía aptitud suficiente como para subsanar la prueba vulneradora del derecho fundamental. Ello, en términos de la propia STC 86/1996, de 6 de junio, sobre la base de que «la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención». En este sentido, se refirió el Constitucional, en una suerte de automatismo inadecuado, a la asistencia letrada y a la información acerca de la acusación como los principales responsables de la ruptura del nexo causal entre prueba ilícita y subsiguiente confesión.

No era la anterior una posición, como puede entreverse, fácil de sostener. No, al menos, con semejante formulación. Y si a ello le sumamos el nacimiento de la posterior teoría de la conexión (que como sabemos, impuso nuevos requisitos para la declaración de ilicitud) resulta como poco difícil no vislumbrar la problemática. De ahí nuestra sorpresa al descubrir que, pese a las críticas doctrinales que se formularon, la teoría contó durante años con el más absoluto refrendo dentro del Tribunal Constitucional,

¹⁶ GÁLVEZ MUÑOZ, L, *La Ineficacia de la Prueba Obtenida con Violación de Derechos Fundamentales*, Thomson Aranzadi, 2003, p. 186.

reflejado por muchas de sus resoluciones posteriores. Entre ellas, por ejemplo, la STC 161/1999, de 27 de septiembre, que ante la alegación por el recurrente de un argumento de corte exclusivamente causal no duda en replicar la insuficiencia del planteamiento, sobre la base de que «es la conexión de antijuridicidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada (...)». También se pueden mencionar, para ejemplificar la uniformidad: la temporalmente próxima STC 239/1999, de 20 de diciembre, que insiste en la innecesariedad de preguntarse por los concretos motivos que impulsaron al sujeto a confesar; o la más reciente STC 136/2006, de 8 de mayo, cuyo pronunciamiento apreció la desconexión aun cuando el sujeto desconocía, por no haberse declarado entonces, la nulidad de la diligencia causante de su confesión¹⁷.

Por lo demás, no ha sido esta una opinión bien acogida, ni por el Tribunal Supremo ni por la doctrina. Porque aunque originalmente las resoluciones del Tribunal mimetizaban a la perfección con la tesis del Constitucional, no tardaron en mutar, decantándose por una versión renovada y fruto de una interpretación más garantista. Al respecto, se mencionan sucintamente los requisitos que, poco a poco, se han ido elaborando, sintetizados en algunas de las sentencias más recientes¹⁸:

- Reconocimiento excepcional de la desconexión.
- Solo para declaraciones ante el juez y previa información de los derechos.
- Con asistencia letrada durante su realización.
- Ausente el secreto de las actuaciones.
- Efectuada de forma libre y consciente.
- Y con cierta separación temporal respecto de la detención¹⁹.

¹⁷ Dentro de esta corriente jurisprudencial, *vid.*, entre otras, las SSTC 54/1996, de 26 de marzo, 8/2000 de 17 de enero, 99/2009, de 20 de abril, y en especial la 128/2011, de 18 de julio, por su carácter recopilador.

¹⁸ Dentro de esta corriente jurisprudencial, *vid.*, entre otras, las SSTs (Sala 2ª) 529/2010, de 24 de mayo, 91/2011, de 18 de febrero, 316/2011, de 6 de abril, y 499/2014, de 17 de junio.

¹⁹ A este respecto, conviene señalar la existencia de sentencias como la STC 153/1997, de 29 de septiembre, donde el Tribunal Constitucional adopta tácitamente la interpretación del Supremo y remarca la necesidad de la existencia de otros indicios reforzadores de la confesión de un coimputado. El viraje, empero, no estuvo exento de críticas, como señala CEDEÑO HERNÁN, M., «Algunas cuestiones

Por lo que a la doctrina se refiere, ya se adelantaba que no son pocos los posicionados en contra de esta construcción. MIRANDA ESTRAMPES²⁰, por ejemplo, considera la confesión del inculpado una simple artimaña, que convalida la ilicitud de la prueba originaria a través de la derivada y se configura como un mero aprovechamiento indirecto. Estima también relativizados los efectos de la «nulidad» que, en principio, debiera de impedir toda forma de utilización de la información que se discute, y, además, critica la sobreestimación que de las labores del abogado se realiza, por partirse de una presunción de que todo letrado informa adecuadamente sobre la ilicitud que se discute.

También se pronuncia de modo similar GASCÓN ABELLÁN²¹, que considera verificada la utilización indirecta antes referida con base en una realidad: no sería posible dictar sentencia de condena con exclusivo fundamento en la declaración inculpatoria; al no poder valorarla junto a las evidencias ilícitas, no es posible estimarla suficiente a efectos de condena. Y a lo anterior se suman, por otra parte, dudas sobre la voluntariedad: con qué fundamento se predica esta de una confesión que, a la luz de la lógica más palmaria, nadie prestaría de conocer previamente la nulidad de la prueba en que se basa.

ANDRÉS IBÁÑEZ manifiesta su posición en el voto particular de la STS (Sala 2ª) 1/2006, de 9 de enero, donde, partiendo de la idea de que el proceso es indisponible, defiende: que el respeto de las garantías durante la declaración no tiene efecto retroactivo, menos aún convalidatorio de lo nulo, y con más razón cuando ello perjudica al declarante.

ASENCIO MELLADO²² también se muestra reacio a la excepción de la confesión. Opina que una prueba como la declaración inculpatoria solo será verdaderamente independiente (y por tanto voluntaria) cuando se realice tras la declaración de nulidad y con pleno conocimiento de ella, siendo estas unas condiciones, por lo demás,

suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional», *Cuadernos de derecho público*, nº 10, 2000, p. 210.

²⁰ MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, Op. Cit, p. 135.

²¹ GASCÓN ABELLÁN, M., «¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión probatoria», *Revista Jueces para la Democracia*, nº 52, 2005, pp. 78-79.

²² ASENCIO MELLADO, J., «La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de los derechos fundamentales», *Revista Jueces para la Democracia*, nº 66, 2009, pp. 91-92

difícilmente observables con garantías como las señaladas por el Tribunal Constitucional, que parte de un concepto erróneo de las labores que a la asistencia letrada corresponden: «(...) no se identifica con una plena defensa, sino que desarrolla una función de garante de la libertad y de inexistencia de coacciones en el acto».

3. Críticas doctrinales a la teoría de antijuridicidad

La teoría de la conexión de antijuridicidad fue, desde su nacimiento, objeto de críticas muy severas por parte de la doctrina. MIRANDA ESTRAMPES²³, por ejemplo, la consideró excesivamente vaga en su formulación: no solo rompía con la tendencia de excepción tasada imperante hasta el momento, sino que también reconocía a los tribunales un margen de discrecionalidad del todo inapropiado. MUÑOZ CONDE²⁴, por su parte, advirtió del «saneamiento perverso» a que podía conducir, y criticó, en definitiva, la interpretación tan abierta (casi inventiva) que del art. 11 LOPJ se estaba haciendo. Pero quienes más contundentemente se opusieron a ella fueron, en nuestra humilde opinión, DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES²⁵.

El par de autores señalado extrajo todos y cada uno de los flecos de los que adolecía la teoría de la conexión y los agrupó en una serie de apartados que, por su claridad expositiva, se resumen a continuación:

- Todas y cada una de las referencias argumentativas realizadas durante la STC 81/1998, de 2 de abril, *omiten cualquier alusión a la garantía procesal*: carácter no absoluto, autonomía de la prueba y perspectivas interna y externa solo toman en consideración el derecho sustantivo vulnerado, no el procesal.
- El *argumento del carácter no absoluto* de los derechos fundamentales, así, no solo resulta inaplicable respecto de determinados derechos procesales (p. ej.: a guardar silencio) sino que, aun cuando lo es (y son, por tanto, derechos restringibles) solo actúa de forma excepcional. A la que cabe añadir que si criterios como la búsqueda de la verdad o el interés público en la persecución de los delitos ya son difícilmente esgrimibles frente a los

²³ MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, Op. Cit., p. 133.

²⁴ MUÑOZ CONDE, F., «Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal», *Revista Penal*, nº 14, 2004, p. 101.

²⁵ DÍAZ CABIALE, J. Y MARTÍNEZ MORALES, R., «La teoría de conexión...», Op. Cit., pp. 43-46.

derechos sustantivos, ni qué decir tiene de los procesales, por norma imponderables.

- La afirmada *autonomía de la prueba* (en concreto, de su admisión) respecto de la lesión del derecho que la originó es, por su parte, la mera constatación de una obviedad. Ciertamente, la admisión de la diligencia no reitera la vulneración del derecho conculcado: lo afectado ahora es *la garantía procesal*, que sanciona toda admisión de una prueba ilícitamente obtenida (art. 11 LOPJ).

- Y las *perspectivas interna y externa* no constituyen, en línea con lo anterior, más que meras estratagemas, con las que se restringe artificialmente una teoría que, como se intuye, es inidónea en su formulación: la primera constata una independencia que más tarde no duda en cuestionar (p. ej.: en confesión del inculcado); y la segunda, directamente, la contradice, cuando examina lesiones a derechos que pretéritamente estimó imposibles por su independencia.

También ASENICIO MELLADO²⁶ planteó críticas a la conexión de antijuridicidad, pero desde una óptica distinta a la anterior. Aunque reconoció su utilidad a la hora de facilitar la persecución de determinados delitos (por ejemplo, corrupción o malversación), al mismo tiempo reprochó su carácter generalista y su falta de coherencia: no entendía, que razonamientos como el de la confesión del inculcado no fuesen aplicables (con todas sus posibles taras), por ejemplo, a la prueba testifical, con la que comparte cierta identidad de razón. Igualmente, consideró la mención del «efecto disuasorio» (perspectiva externa) una reprobable confusión de sistemas jurídicos, que al pretender moderar el nuestro, termina por corromperlo, relegándolo a la subordinación. En definitiva, se pretendía graduar una institución, como la nulidad, que por definición resulta imponderable, y ello en clara contradicción con el art. 11 LOPJ y su dicción literal.

No son estas, en cualquier caso, posiciones comunes a todos los autores. Es posible mencionar, sin ánimo de exhaustividad, la opinión compartida por RIVES SEVA²⁷ y

²⁶ ASENICIO MELLADO, J., «La teoría de la conexión de antijuridicidad como...», Op. Cit., pp. 8-13.

²⁷ RIVES SEVA, A., «La prueba ilícita penal...», Op. Cit., p. 40.

TERRASSA ORTUÑO²⁸, que remarcan la naturaleza infraconstitucional del art. 11 LOPJ y la necesidad de interpretar el referido precepto en conjunción con el art. 1 CE (y su valor de «justicia») o el propio «*ius puniendi*», ambos de rango constitucional. Una idea esta que, a nuestro juicio, ha de cogerse con pinzas. Pues en última instancia, no solo supone hacer depender una institución tan vinculada con los derechos fundamentales (como la prueba ilícita) de valores indeterminados, sino que además, al hacerlo, deja por el camino otros muchos, como pudieran ser la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, de mismo rango jerárquico. Todo lo cual demuestra, en definitiva, que lo que se esconde bajo pretensiones como la anterior no es otra idea que la del castigo como fin; porque como remarcaban DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES²⁹: «Cuando no existen razones jurídicas de peso para formular restricciones a un derecho fundamental, reaparecen indefectiblemente viejos conocidos: la seguridad ciudadana, la búsqueda de la verdad... Y rebrotan con rejuvenecido vigor (...)».

IV. LA PRUEBA DIRECTA Y SU INSTRUMENTALIZACIÓN

1. La STS 116/2017 y la prueba obtenida por particulares

1.1. Supuesto de hecho

Consumada la agresión contra el aspecto más vulnerable de la ilicitud probatoria, su eficacia refleja, era tan solo una cuestión de tiempo su reiteración en la directa; la STS (Sala 2ª) 116/2017, de 23 de febrero, constituye perfecto ejemplo de ello. Dictada al hilo del conocido como «Caso Falciani», la citada resolución hizo uso de planteamientos casi tan sagaces como controversiales que, junto a su excesiva relativización, fueron considerados detonantes de la que posteriormente se denominaría «defunción» de la prueba ilícita. En aras de determinar la razonabilidad de una reputación como la que se atribuye, se vuelve imperativo un análisis previo del supuesto de hecho en que se basa; para estar en condiciones de examinar los argumentos derivados, y juzgarlos al son de sus consecuencias más tempranas.

Así las cosas, el Caso Falciani trae causa de los siguientes hechos: Darío, recurrente en casación, fue condenado por la Audiencia Nacional en el año 2016, tras la comisión de

²⁸ TERRASSA ORTUÑO, F., «Prueba penal ilícita: fundamento...», Op. Cit., pp. 23-24.

²⁹ DÍAZ CABIALE, J. Y MARTÍNEZ MORALES, R., «La teoría de conexión...», Op. Cit., p. 44.

dos delitos de defraudación contra la Hacienda Pública española. Se le acusó, en concreto, de no haber declarado los rendimientos obtenidos durante los ejercicios fiscales 2005 y 2006, de los que era propietario a través de varias cuentas corrientes (no conocidas por la AEAT) en el Banco suizo HSBC. Tales extremos fueron acreditados gracias al Convenio para evitar la doble imposición vigente entre España y Francia, que facilitó la entrega, por autoridades francesas a españolas, de la bautizada como «Lista Falciani».

La lista fue elaborada por Hervé Falciani, ingeniero informático anteriormente al servicio del HSBC (de ahí su denominación). En ella, se contenían una serie de datos bancarios relativos a personas y sociedades clientes de la entidad que, representadas por un código de diez dígitos, se presumía defraudaban al Fisco nacional con la ocultación de sus fondos en la sucursal. Confeccionada por el expleado con el único objetivo (o eso se cree) de ser vendida a la competencia, fue descubierta por los agentes de autoridad franceses, durante un registro domiciliario instado por la propia administración helvética.

Se planteó, entonces, el problema acerca de la licitud de dicho medio de prueba a efectos de fundar una condena. Porque obtenida la lista del modo en que se expone, pocas son las dudas acerca de la potencial vulneración que del derecho a la intimidad y al secreto bancario su velada obtención pudo suponer. La infracción de la confidencialidad bancaria constituye, además, hecho delictivo en la República Suiza (de ahí la petición de registro dirigida a Francia), lo que complicó aún más si cabe la resolución del supuesto. Las opciones del Supremo a la hora de justificar, en sintonía con los demás países de la Unión, la licitud de la evidencia eran, en definitiva, desalentadoras; o al menos, eso parecía desde la perspectiva tradicional del fundamento de la prueba ilícita.

1.2. Argumentación jurídica

El Tribunal Supremo, contra todo pronóstico, logró sostener la licitud de la Lista Falciani. Para ello, sin embargo, hubo de rebatir antes los razonamientos de la Audiencia, cuya excesiva simpleza obstaculizaba sobremanera el adecuado desenlace del problema: se pronunció, así, sobre los principios de no indagación y de doble incriminación.

Respeto al primero, aunque ciertamente impide a nuestros tribunales someter la actividad probatoria extranjera a requisitos propios de nuestra legislación, no hasta el punto de convertirse en una suerte de «pieza maestra», con la que legitimar toda flagrante vulneración de un derecho fundamental. Sobre el segundo, que supedita el enjuiciamiento de los hechos delictivos a la coincidencia entre ambos Estados respecto de su tipificación, tampoco es causa suficiente como para excluir el examen de la licitud, cuya presencia es completamente independiente del carácter delictuoso (o no) del hecho generante.

Dicho lo cual, pudo el Alto Tribunal entrar a conocer de la cuestión principal: la rectitud de la exclusión probatoria en pruebas obtenidas por particulares. A tal fin, y tras una breve descripción de los pronunciamientos de algunos tribunales del entorno (Bélgica, Francia, Italia y Alemania), hizo acopió de sentencias nacionales, en concreto, las SSTS (Sala 2ª) 793/2013, de 28 de octubre, y 45/2014, de 7 de febrero. Pese a las dudas acerca de su pertinencia (que más tarde se expondrán), es manifiesta su influencia en la resolución; por lo que procede, ahora, el desarrollo de esta última.

A juicio del Tribunal Supremo, es evidente que «(...) la acción vulneradora del agente de la autoridad (...) nunca puede ser equiparada artificialmente a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba (...)». Porque lo que sanciona el art. 11 de la LOPJ es, en realidad, la «obtención» de la prueba, y como tal, aquella resulta inapreciable en la conducta espontánea de un particular, por lo general, ajeno a la dinámica estatal. De lo que se extrae (según se dice) que el auténtico fundamento de la ilicitud probatoria no reside en el irrefrenable deseo de excluir toda evidencia aparentemente atentatoria de un derecho fundamental, sino en evitar los «excesos policiales» (eficacia disuasoria). En este sentido, declara la sentencia 116/2017, de 23 de febrero (FJ 6.º), que:

«Esta idea late en cuantas doctrinas han sido formuladas en las últimas décadas con el fin de restringir el automatismo de la regla de exclusión (...). La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito. No persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el

respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo (...)).

Ahora bien, advierte de que cuanto antecede tampoco puede desembocar en la irresponsable validación de toda prueba recabada desintencionadamente por un particular; es necesario atender, además, a las concretas condiciones de cada caso. De lo que se desprende que no basta (para justificar la licitud de las pruebas) con constatar la ausencia de una intención prefabricadora, sino que es requerido, además, un examen de las necesidades de tutela en el derecho. Es lo que se conoce, en líneas generales, como «juicio ponderativo»:

«La vulneración de la intimidad de las personas -si éste es el derecho afectado por el particular- no puede provocar como obligada reacción, en todo caso, la declaración de ilicitud. Entre el núcleo duro de la intimidad y otros contenidos del círculo de exclusión que cada persona dibuja frente a los poderes públicos y frente a los demás ciudadanos, existen diferencias que no pueden ser orilladas en el momento de la decisión acerca de la validez probatoria (...). En definitiva, no pueden recibir el mismo tratamiento, una vez han sido debidamente contextualizadas, las lesiones periféricas frente a aquellas otras que alcanzan al núcleo mismo el contenido material de un derecho fundamental».

Unidos los argumentos precedentes y aplicados al Caso Falciani, concluye el Tribunal la validez de la condena (y, en concreto, de la prueba). Porque Falciani, guiado por un exclusivo ánimo de lucro, no puede considerarse ya una «pieza camuflada del Estado». Y si no recibe semejante consideración, menos aún cabe oponer frente a su persona la eficacia disuasoria, al parecer nueva base del art. 11 LOPJ.

1.3. Comentarios a la resolución

Como era de esperar, tampoco le faltaron los comentarios a esta sentencia. Tan pronto como fue dictada, surgieron las voces discrepantes, y con ellas, los errores de concepto. Las incoherencias de que adolecía (como poco manifiestas) fueron señaladas por innumerables autores, de entre los que procede destacar, en primer lugar y por razón de su claridad, a MOSQUERA BLANCO³⁰.

³⁰ MOSQUERA BLANCO, A., «La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2018, pp. 21-31.

El ahora nombrado optó por remarcar, de entrada, lo obvio: la dicción literal del art. 11 LOPJ no distingue, en cuanto a sus efectos, entre la actuación vulneradora llevada a cabo por un particular y por un funcionario. Antes bien, la STC 114/1984 (a la que debe su nacimiento) sostuvo expresamente lo contrario: la nulidad de todo acto «público o, en su caso, privado» conculcador de un derecho fundamental. Si a ello le sumamos, además, el dato de haber sido dictada en el orden laboral, es posible también (dice) inferir una clara vocación de generalidad, de aplicación a todo orden jurisdiccional que, con resoluciones como la presente, prácticamente se restringe al ámbito penal, donde la intervención de los poderes públicos es ostensiblemente superior a la del resto.

Al lo anterior se sobreañade, por su parte, el problema de la «ajenidad» del efecto disuasorio que, lejos de lo que se pretende, no se salva con la citación de resoluciones semejantes. Es más: aquellas que se arguyen (793/2013 y 45/2014) ni siquiera debieran de considerarse como tales. Porque, según manifiesta MOSQUERA BLANCO, no examinan (al decidir) la condición de particular, sino la del juicio proporcional: analizada la lesión, se estima su carácter «periférico», y tras ello, la inexistencia de una tutela que justifique la exclusión, primando el interés persecutorio del delito.

Este juicio es, a todas luces, inapreciable en la resolución que se examina. En efecto, se menciona su existencia, pero no su desarrollo. La sentencia se limita a afirmar un daño periférico que luego, no justifica, con lo que de forma inconsciente da entrada a una excepción «caprichosa», que se erige en regla general y valida irresponsablemente toda prueba aportada por un particular. Y aunque ello pudiera haberse evitado con un simple examen del conflicto entre intimidad y deber de denunciar, o intimidad y deber de contribuir, no se hizo. Lo que en cualquier caso, tampoco hubiera impedido la aparición de otros muchos errores que, con gran astucia, advierte RODRÍGUEZ RAMOS³¹.

De un lado, está la referencia a la jurisprudencia de otros Estados que, aunque encomiable, extraña. No solo faltan fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), cuyos pronunciamientos nos resultan vinculantes, sino también cualesquiera otros que pudieran sernos perjudiciales; en palabras del propio autor: «(...) estas excursiones al derecho comparado deberían hacerse *cuius commoda eius*

³¹ RODRÍGUEZ RAMOS, L., «¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus? (comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita)», *Diario La Ley*, nº 8974, 2017, pp. 6-13.

incommoda, es decir, no solo para limitar derechos del ciudadano investigado-encausado-acusado sino también para ampliarlos». De otro, la subjetividad inherente al criterio de su aplicación debilita su real proclamación. Porque si la interpretación que se hace del art. 11 LOPJ ya resulta forzada a tenor del art. 3.1 CC, ni que decir tiene de su relatividad, que obliga a conjeturar sobre la intención del particular durante la consecución de la prueba, lo que no solo es extremadamente complejo, sino que además se presta al fraude y a la intervención de «terceros sanadores».

De la misma opinión es ASENCIO MELLADO³², que, entre otras cosas, refiere la insostenibilidad del fundamento con base a la idea de que «(...) en cualquier situación en la que un particular haga acopio de una prueba obtenida ilegítimamente, estará suplantando al Estado, pues solo a este le está permitido restringir derechos fundamentales (...)». Ello supondría constreñir la invocación de la regla de exclusión a supuestos anecdóticos, en los que los agentes de autoridad hubieran de valerse deliberadamente de particulares intermediarios para que pudiese llegar a producirse la expulsión.

Y por si lo anterior no fuera suficiente, está también el comentario de CARRILLO DEL TESO³³, que tras una exquisita descripción de la reciente posición del TEDH en la materia, concluye con una crítica al traslado del efecto disuasorio. Si la conexión de antijuridicidad ya fue objeto de reproches por hacer uso de la disuasión como parte de la protección, qué será de aquel criterio que la utilice, no ya con esa finalidad, sino «(...) para anudarla a un concreto sujeto destinatario (...)», en concreto, los agentes encargados.

Pero como en toda cuestión sujeta a debate, también hay díscolos que, por una u otra razón, rechazan lo anterior. Y no impresiona demasiado que uno de ellos sea MARCHENA GÓMEZ³⁴ quien, para ser justos, dictó la resolución que se examina (y las que le sirven de base) y, por ende, no se espera de él más que la defensa de lo propio:

³² ASENCIO MELLADO, J., «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita», *Diario La Ley*, n.º 9499, 2019, pp. 5-6.

³³ CARRILLO DEL TESO, A., «La prueba ilícita aportada por particulares: ¿admisión o exclusión? Fundamentos y soluciones jurisprudenciales», *La Ley Penal*, n.º 159, 2022, p. 15.

³⁴ MARCHENA GÓMEZ, M., «La «Sentencia Falciani»: ¿hacia un nuevo concepto de prueba ilícita entre particulares?», *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 3, 2017, p. 57.

«La STS 116/2017, 23 de febrero, no es, desde luego, una resolución de ruptura. Se limita a recordar que solo los perfiles que definen el caso concreto pueden alumbrar una solución acomodada a los principios constitucionales que legitiman el proceso penal. Que la aportación de una determinada fuente de prueba por un particular aconseja, cuando menos, una valoración de las circunstancias que explican esa disponibilidad. Y que cualquier tribunal que haya de pronunciarse acerca de la legitimidad de esa prueba no puede perder de vista una perspectiva axiológica (...)».

Mas sí sorprende, por el contrario, que sea esta una posición compartida por RICHARD GONZÁLEZ³⁵, quien la sostiene con tanta vehemencia que, hasta cierto punto, inquieta. No solo defiende la eficacia disuasoria como fundamento de la ilicitud, sino que, además, califica de «adoradores de la ley» a todos los que no suscriben dicho parecer. Entender lo contrario, excusa, equivale a desentenderse del cometido principal de la justicia (el «restablecimiento» del orden vulnerado), y acarrea, cuando menos, el tratamiento de las víctimas como «tributos sociales», por la exclusiva consideración que de los derechos del atacante se realiza.

Cita también, a efectos de fortalecer sus planteamientos, varios ejemplos, como el del secuestro que solo se conoce gracias a la prueba ilícita, o el de la inocencia que solo cabe acreditar con ella. Y proclama, a su vez, la necesidad de una reforma: la restricción de la regla de exclusión. Estima sobrevalorado el concepto de lesión, que hubiera de sustituirse por el de «violación», y generalizados (sobre todo) los efectos de la protección, que hubieran de discriminar según el derecho vulnerado (vida *versus* intimidad).

Todo ello, en última instancia, con el objeto de apoyar el pronunciamiento analizado, cuya única pega sitúa (de hecho) en un exceso de cautela. No encuentra razón de ser a una exigencia como la falta de intención prefabricadora, que juzga discriminatoria para los particulares y favorecedora de la delincuencia («¿Por qué razón debe darse *a priori* valor de prueba a la que aporta un delincuente [Sr. Falciani] y no a la que aporta un ciudadano que pretende recopilar datos para ser utilizados en un procedimiento judicial?»). Y considera lo dicho perfectamente compatible con la condena de la

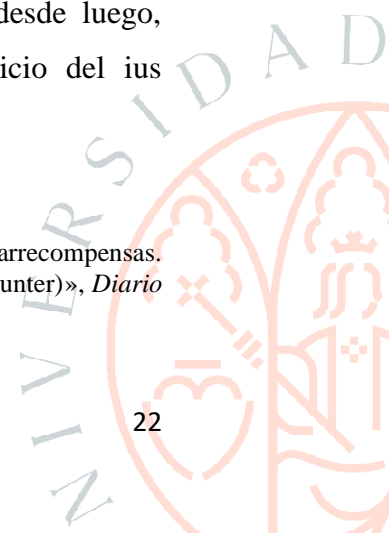
³⁵ RICHARD GONZÁLEZ, M., «Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal», *Diario La Ley*, n.º 8946, 2017, pp. 1-21.

«justicia privada», lo que, si se nos permite añadir, demuestra la dificultad de algunos a la hora de diferenciar entre defensa directa de algo y promoción indirecta de eso mismo.

Para concluir, y los solos efectos de satisfacer la curiosidad, se mencionarán las palabras de GIMENO BEVIÁ³⁶, quien una vez examinada la figura del «delator» desde el Derecho comparado (también conocido como informante cívico o incluso cazarrecompensas), se plantea una cuestión: «¿y si a Falciani le hubieran recompensado?». Ideas como la del confidente no son, lejos de lo pudiera pensarse, ajenas a nuestro Derecho, que lentas pero seguras se vienen introduciendo en nuestro sistema (piénsese, por ejemplo, en el «*compliance*» penal). Siendo esto así, no resultaría raro preguntarse qué hubiere sucedido si Falciani hubiere vendido (directamente) su información a las autoridades españolas. ¿Sería la prueba así obtenida inutilizable en el proceso penal? ¿O podría, por el contrario, desplegar todos sus efectos? Más en concreto: «(...) ¿el particular, recompensado posteriormente, no se convertiría en una suerte de colaborador o agente privado al servicio del Estado pero liberado de las restricciones —con las que sí cuentan las autoridades— en la obtención de información vulnerando derechos fundamentales?».

Una hipótesis como la expuesta es la que pretendía evitar RODRÍGUEZ RAMOS al referirse (como arriba señalábamos) a los problemas de terceros sanadores. Ya que, si bien es cierto que pudiere entenderse apriorísticamente descartada con base en la exigencia de la falta intención preconstitutiva, no lo es menos que fue el propio Tribunal quien, con más ahínco, sostuvo durante toda la resolución la intrascendencia del rédito económico: «El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios, ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado» (STS 116/2017, de 23 de febrero, FJ 6.º); o también «Quién busca hacerse con documentos para obtener un rédito económico o quién persigue denunciar la injusticia del sistema financiero, no está, desde luego, convirtiéndose en un agente estatal sumado espontáneamente al ejercicio del *ius puniendi*» (STS 116/2017, de 23 de febrero, FJ 7.º).

³⁶ GIMENO BEVIÁ, J., «De falciani a birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bounty hunter)», *Diario La Ley*, n.º 9139, 2018, pp. 6-8.



Haría bien el Tribunal, añade GIMENO BEVIÁ, en clarificar estas cuestiones, pues hasta tanto no lo haga, no será posible determinar con certeza si ante la actuación de, por ejemplo, un detective privado, nos encontramos con una prueba utilizable, una exclusión probatoria, o una figura a caballo entre las dos; todo dependerá, en última instancia, de la condición que se le atribuya. O, al menos, así era hasta la llegada de la STC 97/2019, de 16 de julio, que centra el foco en una problemática diametralmente opuesta a la anterior.

2. La STC 97/2019 y la degradación de la prueba ilícita

2.1. Contexto del análisis

La STS 116/2017 fue prudente al formular sus reflexiones. Consciente de los peligros a los que se enfrentaba, trató de no ser temeraria y elaboró sus razonamientos con cautela, procurando en todo momento el mantenimiento de la garantía. Gracias a ello, sus efectos no fueron tan distorsionantes como pudieron haber sido, y de ese modo, la aplicación general de la garantía (al menos sobre el papel) quedó salvada; se vio limitada, únicamente, en los supuestos que más justificaban su excepción: la prueba del particular.

Ello, sin embargo, no impidió la acometida posterior, que con gran sorpresa llevaría a cabo el Tribunal Constitucional en la sentencia 97/2019, de 16 de julio. Dicho fallo, decisorio del amparo solicitado contra la resolución anterior (STS 116/2017), se pronunció también en favor de la licitud probatoria, pero no con base en los mismos argumentos, sino otros. En este caso, también optó por degradar la prueba ilícita, pero no solo en el ámbito de los particulares, sino en su totalidad, y todo ello, además, con base a la idea de una necesaria afectación previa del derecho a un «proceso justo», de raíz anglosajona.

Los concretos motivos que impulsaron al Tribunal Constitucional a actuar del modo en que se indica permanecen todavía en la más absoluta oscuridad. Especialmente, en supuestos como el presente, donde la prueba ya había sido validada y, por ende, no se requería más argumentación que la confirmación de lo resuelto. Por esa razón, intenta ASECIO MELLADO³⁷ arrojar un poco de luz sobre el problema, no ya con el

³⁷ ASECIO MELLADO, J., «La prueba ilícita y su triste destino», *La administración de justicia en España y en América* (dirs. Martín/Pérez), Astigi Editorial, 2021, pp. 175-195.

objetivo de averiguar los específicos inductores del Tribunal, sino con el de determinar los particulares «facilitadores» de su planteamiento; es decir, los responsables de la relatividad del concepto de ilicitud. De entre ellos destacará, entre otros, los siguientes:

- En primer lugar, el desinterés por la naturaleza y el régimen jurídico-procesal de la ilicitud, que lejos de abordarse por la jurisprudencia, se esquivo, y tiende a relegar en favor de una especie de «derecho procesal constitucional» de todo menos preciso.
- Al anterior se añade, además, la subjetividad inherente la regla de exclusión, que como otros muchos institutos del Derecho, se encuentra condicionado por valoraciones sociales, sobresaliendo en la actualidad aquellas que propugnan el castigo incondicionado del culpable (recuérdense, en este sentido, las palabras de RICHARD GONZÁLEZ antes expuestas).
- En tercer lugar, procede referir la confusión de sistemas jurídicos, de la que cada vez con más frecuencia se deriva el traslado de mecanismos incompatibles, y de esta suerte, la corrupción de las teorías.
- Y por último, el «incumplimiento por parte de la doctrina de sus obligaciones», indudablemente más preocupada por la celeridad en las resoluciones que por el acierto y calidad de las mismas.

Examinados los motivos que nos han llevado hasta donde estamos, se está ya en condiciones de analizar el pronunciamiento mencionado. A tal fin, nos valdremos de la estructura de GÓMEZ CONESA³⁸, cuya sencillez vertebradora facilita significativamente la apropiada descripción de los razonamientos.

2.2. Argumentación jurídica

El Tribunal Constitucional principia su argumentación, como ya deja de ser sorpresa, con una (muy dudosa) confirmación de lo que considera su doctrina tradicional: «La interdicción constitucional de la valoración judicial de la prueba ilícitamente obtenida constituye una garantía objetiva de nuestro sistema de derechos fundamentales, vinculada a la idea de un proceso justo (art. 24.2 CE) (...)» (STC 97/2019, de 16 de julio, FJ 2.º).

³⁸ GÓMEZ CONESA, A., «Teoría de la prueba ilícita a partir del Caso Falciani», *Diario La Ley*, nº 9808, 2021, pp. 2-7.

A tales efectos, se refiere (tras una somera mención a resoluciones similares) a la STC 114/1984, de 29 de noviembre, de la que se vale interesadamente para reafirmar lo anterior y entender que, al no haber residenciado aquella la ilicitud probatoria en un derecho autónomo (como, por ejemplo, el afectado) sino en el propio sistema, la exclusión probatoria tiene «naturaleza estrictamente procesal», y por consiguiente, «ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo».

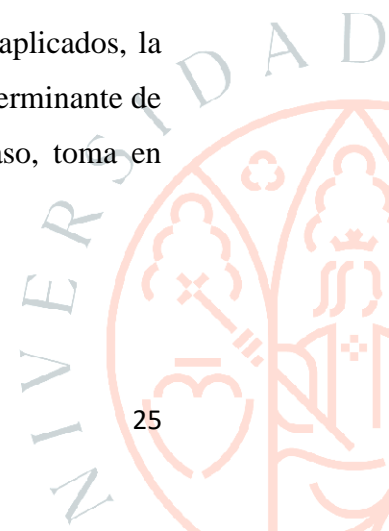
De ello colige, en el mismo sentido, la necesidad de determinar dicha vulneración, la del proceso justo, conforme a un juicio ponderativo, «(...) tendente a asegurar el equilibrio y la igualdad de las partes (...)» y que estima ya conceptuado por la sentencia del 84, que al parecer lo referenció expresamente junto con expresiones tales como «encrucijada de intereses», en su FJ 4.º.

Entender lo contrario equivaldría, como más adelante se menciona (STC 97/2019, de 16 de julio, FJ 4.º), a situar el fundamento de la ilicitud en el derecho vulnerado: si toda vez que se afectase un derecho material, se produjese irremediamente la exclusión, ningún sentido tendría la referencia procesal, que sería poco más que una mención accidental, carente de «ninguna relevancia o alcance» verdaderos.

Los elementos que conforman la ponderación, por lo demás, se contienen en el FJ 3.º, y constituyen, como señala ASECIO MELLADO³⁹, una simple conjunción de los criterios supuestamente derivados de la sentencia del 84 y los explícitamente implantados por la sentencia del 98, ya reproducidos estos últimos en relación con la prueba indirecta. Así, habrá que estar: de un lado, a la «índole de la ilicitud verificada en el acto de obtención», diferenciando según se trate de vulneraciones de derechos infraconstitucionales (no acreedores de protección) o fundamentales; y de otro, al «ligamen o conexión [de la vulneración del derecho fundamental sustantivo] con los derechos procesales de las partes», junto con un resultado bastante y una necesidad de tutela suficiente.

Con atención a tales criterios ratifica el Tribunal Constitucional, una vez aplicados, la ilicitud de la Lista Falciani. No por considerar la condición de particular determinante de la exclusión, sino por aplicación del criterio de ponderación que, si acaso, toma en

³⁹ ASECIO MELLADO, J., «La STC 97/2019, de 16 de julio...», Op. Cit., pp. 17-18.



cuenta aquella como factor en su resolución. Así lo certifica expresamente el Tribunal en su FJ 6.º, cuya apartado a) reza lo siguiente:

«Con carácter general, hay que tener presente que el dato de que la vulneración originaria del derecho sustantivo fuera cometida, en el caso que nos ocupa, por un particular no altera en absoluto el canon de constitucionalidad aplicable desde la óptica del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), de suerte que la exclusión de los elementos probatorios obtenidos ha de ser, también en este tipo de supuestos, el punto de partida o regla general, si bien, en cada caso concreto, el órgano judicial puede apreciar, con arreglo a los parámetros que ya han sido expuestos, la ausencia de necesidades de tutela procesal (...).»

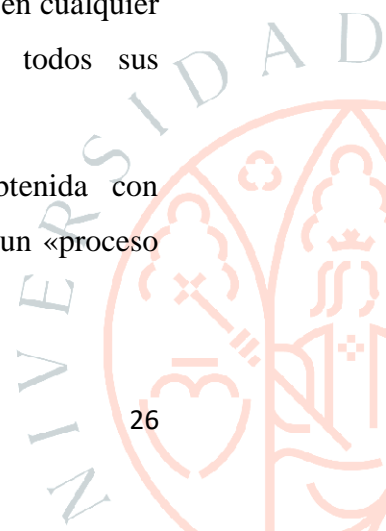
2.3. Comentarios a la resolución

Si la polémica suscitada por el Caso Falciani con la STS 116/2017, de 23 de noviembre, parecía no poder ir ya a más, luego llegó la STC 97/2019, de 16 de julio, y superó todas las expectativas. El camino de la relativización, que parecía definitivamente cerrado a ulteriores excursiones, se abrió de nuevo dos años después, para dar paso a una interpretación renovada de la regla de exclusión radicalmente distinta a la anterior.

Un cambio de sentido semejante fue, cómo no podía ser de otro modo, mal recibido por muchos autores, que no tardaron en plantear sus críticas a la resolución. De entre ellos conviene destacar (de nuevo) a ASECIO MELLADO⁴⁰, cuyos comentarios a la misma son lo suficientemente demoledores como para merecer todo un extracto en este trabajo (no en balde habló de «defunción» de la prueba ilícita). Procede, por tanto, su exposición:

- El art. 11 LOPJ no es, lejos de lo que pudiera pensarse, susceptible de interpretación. Su formulación, más que «rígida o estereotipada», es clara y manifiesta, y por consiguiente, no requiere de ningún nuevo entendimiento («*in claris non fit interpretatio*»). De haber alguna duda bastaría, en cualquier caso, con remitirse a la sentencia del 84, cristalina en todos sus razonamientos.
- La prohibición de reconocer eficacia a la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no deriva de la idea de un «proceso

⁴⁰ ASECIO MELLADO, J., «La STC 97/2019, de 16 de julio...», Op. Cit., pp. 13-20.



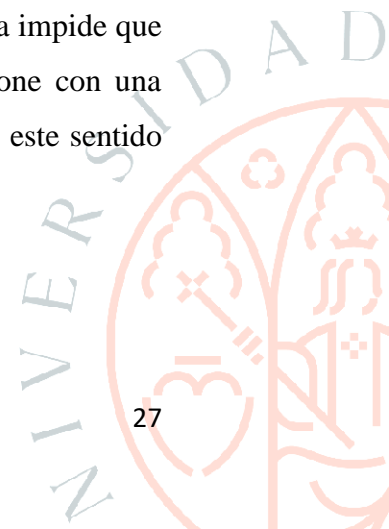
justo». Antes bien, la sentencia del 84 la vínculo claramente al derecho a un «proceso con todas las garantías», netamente distinto al anterior. Por esa razón, un intercambio como el descrito responde más a una intención deliberada de instrumentalizar la exclusión que a una inocente equivocación en la argumentación.

- En lo que respecta al consecuente juicio ponderativo, sobre su justificación señala ASECIO MELLADO que «(...) el TC se remite [en este pronunciamiento] a su sentencia 114/1984, confundiendo párrafos de esta última, que cita fragmentariamente y que mezcla unos y otros cuando cada uno de ellos en aquella sentencia tenía su propio significado». Ejemplos de ello hay muchos, y consideramos que huelga reproducirlos todos. Baste con la cita del FJ 4.º de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, que se explica por sí sola:

«En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía (...) de las situaciones jurídica subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, *pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento*⁴¹. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria (...)

- La razón de ser de una construcción como la que se describe tampoco puede situarse, como sostiene el Tribunal, en un pretendido intento de salvaguardar el fundamento procesal de la exclusión. Porque nada impide que la naturaleza del efecto sea tal (procesal) y a su vez se relacione con una vulneración de derecho material. Especialmente ilustrativo es en este sentido resulta ASECIO MELLADO, cuando afirma que:

⁴¹ La cursiva es nuestra.

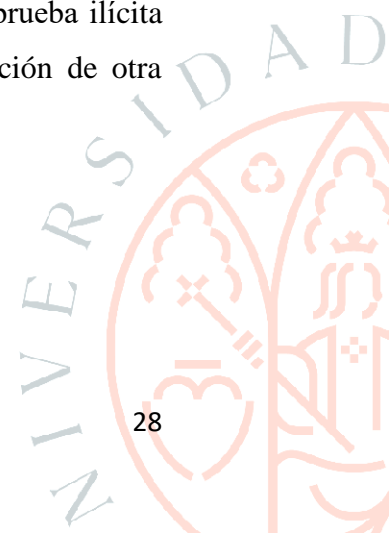


«De la violación de un derecho se suceden o pueden suceder muchas consecuencias, con fundamentos diferentes y todas ellas vinculadas mediatamente al derecho al menos. Puede la conducta ser delictiva y tipificada en el Código Penal. Puede engendrar responsabilidad disciplinaria y estar prevista en normas administrativas. Puede producir daños contemplados en los textos oportunos etc..... Aducir que el delito es ajeno a la violación del derecho es excederse, aunque su fundamento sea distinto, como sucede en este caso».

- Y por si cuanto antecede no fuere suficiente para poner en entredicho la resolución, está luego el problema del Tribunal Constitucional y su función, que ASECIO MELLADO estima, en suma, malinterpretada. El Tribunal Constitucional no puede, a tenor del art. 53 CE, restringir los derechos fundamentales de forma caprichosa, cuya limitación ha de acometerse (en todo caso) mediante ley. Si lo dicho ya es difícilmente rebatible en supuestos de inexistencia de norma legal desarrolladora, ni que decir tiene cuando sí existe una disposición que, como el art. 11 LOPJ, explícita de manera clara la exclusión; el Tribunal Constitucional no debe, en contra de la ley, apreciar unos límites que no existen. De quererse reducir la inutilización a una previa afectación de contenido esencial, podría hacerse, pero no por la vía jurisprudencial, sino la legal. Porque el Tribunal Constitucional, se insiste en ello, no crea los derechos, sino que solo los declara, y como tal, no goza de la capacidad como para disponer de su contenido a voluntad.

Por todo lo anterior, entiende el autor arrumbado el fundamento constitucional de la exclusión. La ilicitud probatoria pasa así a convertirse, en definitiva, en una mera irregularidad procesal, cuya nulidad depende ahora de la producción de un efecto que, hasta no hace mucho, se consideraba siempre producido. En otras palabras, también pronunciadas por ASECIO MELLADO⁴² pero en otro escrito: «(...) la prueba ilícita no es [ya] fuente de nulidad, salvo que ella misma produzca una violación de otra garantía, esta sí relevante constitucionalmente».

⁴² ASECIO MELLADO, J., «La prueba ilícita y su triste...», Op. Cit., p. 181.



Secundan la opinión del catedrático también otros muchos como LORCA NAVARRETE⁴³ o CORDÓN MORENO⁴⁴. Este último, en concreto, se expresa en términos de «degradación» de la prueba ilícita y, como punto de partida de su análisis, opta por recordar la «constitucionalización» del art. 11 LOPJ, con unas palabras pronunciadas por el propio Tribunal que más tarde se retomarán:

«El concepto de “medios de prueba pertinentes” que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse “pertinente” un instrumento probatorio así obtenido» (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5.º).

Advierte, de igual modo, de la innecesaridad del juicio ponderativo, que no solo se haya rechazado por el art. 11 LOPJ, sino que tampoco cabe considerar justificado con base en argumentos tales como el del imperativo fundamento procesal: si la referencia procesal fuera verdaderamente irrelevante, la exclusión probatoria podría declararse con la sola invocación del derecho material, lo que de forma palmaria resulta irrealizable por razón de la vinculación citada anteriormente.

Pero como no deja de ser costumbre, existen también opiniones discordantes, como aquella que brevemente manifiesta UTANDE SAN JUAN⁴⁵, quien comprende que existan posturas divergentes pero apoya la sentencia meditada, por considerarla coherente con una tendencia jurisprudencial cada vez más inclinada a condicionar la regla de exclusión. No ve en ella más que otro «paso» en favor de lo que, según MIRANDA ESTRAMPES⁴⁶, podríamos calificar «norteamericanización» de la regla de la exclusión.

⁴³ LORCA NAVARRETE, A., «¡¡La prueba ilícita ha muerto. Viva la prueba ilícita (en el proceso justo)!!», disponible en <http://leyprocesal.com/leyprocesal/de/la-prueba-ilicita-ha-muerto-viva-la-prueba-ilicita-en-el-proceso-justo.asp?nombre=7418&cod=7418&sesion=1> (consultado, por última vez, el 28/03/2023).

⁴⁴ CORDÓN MORENO, F., «La degradación de la prueba ilícita en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019», pp. 2-6, disponible en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/10/La-degradaci%C3%B3n-de-la-prueba-ilicita.pdf> (consultado, por última vez, el 28/03/2023).

⁴⁵ UTANDE SAN JUAN, J., «Sustracción de datos bancarios y condena por delito fiscal (a propósito de la STC 97/ 2019, de 16 de julio, sobre el caso Falciani)», *Bit Plus*, nº 243, 2020, p. 38.

⁴⁶ MIRANDA ESTRAMPES, M., «La regla de exclusión de la prueba ilícita...», *Op. Cit.*, p. 54.

Ejemplo de una posición similar es DEL MORAL GARCÍA⁴⁷, que defiende el fallo examinado no tanto por lo que resuelve sino lo que supone: un acercamiento al que, a su juicio, debiera de ser el verdadero pilar de la exclusión, la finalidad «disuasoria y profiláctica». Corrobora esta aproximación también CARRILLO DEL TESO⁴⁸, que al estudiar la resolución, se percata de un frase que, siquiera levemente, trasluce una intención de diferenciar entre disuasión de particular y funcionario (STC 97/2019, de 16 de julio, FJ 5.º): «(...) se protege la integridad del sistema de justicia, la igualdad de las partes y *se disuade a los órganos públicos, en particular, a la policía*⁴⁹, pero también a los propios particulares, de realizar actos contrarios a los derechos fundamentales (...)».

Sin embargo, quien con *aparente* mayor sensatez expresa un juicio favorable al pronunciamiento es PICÓ I JUNOY⁵⁰. El referido autor, tras un examen del art. 11 LOPJ desde el punto de vista de los criterios del art. 3.1 CC, concluye la coherencia del razonamiento empleado por el Tribunal. Admite que las interpretaciones gramatical, histórica, teleológica y social revelan un sentido opuesto al manifestado, para después, deducir exactamente lo contrario de la interpretación hermenéutica, que juzga favorable.

En su opinión, la inexistencia de una disposición constitucional reconocedora de la ilicitud probatoria es razón suficiente como para justificar la ponderación de los valores, puesto que, si en alguna ocasión debe ceder el derecho fundamental a la prueba, necesariamente ha de ser en favor de otro derecho constitucionalmente reconocido, no siendo este el caso de la exclusión (y sí, por ejemplo, de la indefensión). Y si la afectación de este último tiene que determinarse, por añadidura, tras un previo examen del tribunal, no hay problema, porque la inseguridad jurídica que ello genera es un inconveniente al que, citamos textualmente, «estamos acostumbrados».

Independientemente de lo criticable que nos parece ya que un razonamiento como el anterior pretenda construirse sobre la base de admitir que la mayoría de las interpretaciones le son contrarias (salvo una, supuestamente), tampoco vemos

⁴⁷ DEL MORAL GARCÍA, A., «Reflexiones sobre prueba ilícita», *Revista Científica del Centro Universitario de la Guardia Civil*, nº Especial, 2023, p. 39, disponible en <https://revistacugc.es/article/view/5486/5677> (consultado, por última vez, el 28/03/2023).

⁴⁸ CARRILLO DEL TESO, A., «La prueba ilícita aportada por particulares...», Op. Cit., p. 12.

⁴⁹ La cursiva es nuestra.

⁵⁰ PICO I JUNOY, J., «La prueba ilícita: un concepto todavía por definir», *La administración de justicia en España y en América* (dirs. Martín/Pérez), Astigi Editorial, 2021, pp. 1589-1606.

motivación suficiente como para corroborar sus planteamientos. Básicamente, porque parte de premisas que no son ciertas; la exclusión probatoria, en contra de lo sostenido, sí tiene rango constitucional.

Esta idea no solo ha sido repetida hasta la saciedad por el propio Tribunal Constitucional, que hasta en sus sentencias más polémicas (como la que ahora se analiza) parte siempre de la vinculación entre exclusión probatoria y derechos fundamentales, sino que, además, cuando lo hace, suele relacionarla (precisamente) con el derecho fundamental a la prueba, como deja entrever el párrafo de la sentencia del 84 antes reproducido. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes no puede actuar como un escollo a vencer por la exclusión porque, antes bien, constituye la base sobre la que se asienta aquella. La ilicitud probatoria opera, de esta suerte, como un límite intrínseco a la configuración del derecho, al que no contradice por cuanto que no cabe contradicción. En definitiva, el derecho a la prueba no se opone a la exclusión puesto que, merced de lo dispuesto por la teoría jurisprudencial original, la aconseja.

Cierto es que la posición del Tribunal Constitucional acerca del fundamento de la ilicitud, lejos de estar clara, ha transitado durante años entre el derecho a la presunción de inocencia, a utilizar los medios de prueba pertinentes y a un proceso con todas las garantías. Pero no lo es menos que, aun con toda esa indeterminación, el punto de partida siempre estuvo claro, y trató de respetarse en todo caso en las resoluciones posteriores: la protección constitucional. Que una sentencia como la que ahora nos ocupa omita, o incluso tergiverse, lo que hasta no hace mucho se daba por contado es, más que otra cosa, revelador de la soberbia con la que en ocasiones el Constitucional desempeña su función.

Dicho lo cual, no creemos que argumentos como el de la «inseguridad tolerable» merezcan siquiera de un rebatimiento. No constituyen más que un fútil intento por justificar una ponderación que, como relata SIMARRO PEDREIRA⁵¹, ha existido desde siempre (solo que como criterio complementario) pero que no debió cuajar nunca.

⁵¹ SIMARRO PEDREIRA, M., «Prueba prohibida: Un dilema y algunas paradojas. Análisis de perspectiva», *Tesis inédita*, 2019, pp. 281-287, disponible en <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/11773/Tesis%20Margarita%20Simarro.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultado, por última vez, el 28/03/2023).

IV. CONCLUSIÓN

Tras una exposición de criterios tan dispares como los reproducidos, se vuelve difícil sacar en claro ninguna conclusión. O al menos, ninguna que no haya sido ya señalada por otros autores. Por esa razón, nos limitaremos aquí a la mera constatación de lo obvio. Al subrayado de aquella idea que pocos juristas se han atrevido a rechazar: es necesario reformar el art. 11 LOPJ.

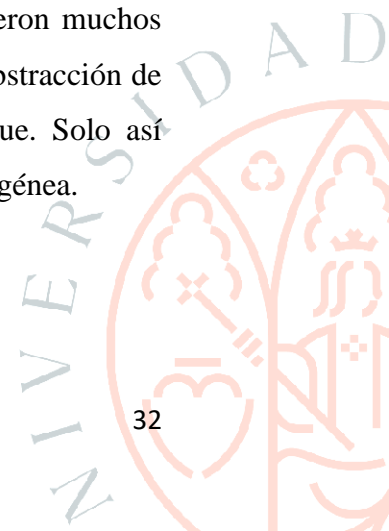
En efecto, la actual regulación de la prueba ilícita en nuestro país es, como se ha podido observar, manifiestamente insuficiente a la hora de abordar la cuestión de la ilicitud. Consecuencia de esas deficiencias hallamos pronunciamientos como los analizados que, en un intento por realizar «justicia verdadera», adulteran con apaños el verdadero significado del precepto.

Una situación como la anterior no solo se manifiesta indeseable desde una perspectiva tolerante con los derechos fundamentales, sino también desde el enfoque predicado por el principio de separación de poderes, inherente al Estado de Derecho. Porque no son los Tribunales los encargados de determinar qué toma de posición sobre la ilicitud es más justa o no para un país, sino la propia sociedad, representada por su legislador.

De ello cabe colegir el daño que a nuestro Derecho causan resoluciones como las dictadas y la necesidad de una reforma. Se vuelve imperativo abandonar toda clase de consideraciones ideológicas en esta materia, y adoptar una regulación de la prueba prohibida que, ya residencie su fundamento en el efecto disuasorio o en los derechos fundamentales, sea consecuente con la voluntad popular.

La defensa de una posición refractaria de los derechos fundamentales es perfectamente legítima en nuestro Estado, pero siempre y cuando vaya antes precedida del correspondiente refrendo legislativo. Pues el problema no está tanto en la posición del Constitucional cuanto en su incongruencia argumental.

En definitiva, queremos finalizar este escrito peticionando, como ya hicieron muchos antes que nosotros, una nueva redacción para el art. 11 LOPJ que, hecha abstracción de su contenido, satisfaga la realidad social del momento en que se aplique. Solo así lograremos evitar la «particularización» de la justicia y su aplicación heterogénea.



BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, T., «La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)», *Ius et Praxis* v. 13, n° 2, 2007, disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200014&script=sci_arttext (consultado, por última vez, el 27/03/2023).
- ASENCIO MELLADO, J., «La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de los derechos fundamentales», *Revista Jueces para la Democracia*, n° 66, 2009, pp. 85-100.
- ASENCIO MELLADO, J., «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita», *Diario La Ley*, n° 9499, 2019, pp. 1-20.
- ASENCIO MELLADO, J., «La prueba ilícita y su triste destino», *La administración de justicia en España y en América* (dirs. Martín/Pérez), Astigi Editorial, 2021, pp. 175-195.
- BARRANCO GÁMEZ, J., «Excepciones a la conexión de antijuridicidad para el tribunal constitucional», disponible en <http://www.icaहुelva.es/wp-content/uploads/descargas/doctrinales/articulos-doctrinales-Excepciones-TC.pdf> (consultado, por última vez, el 27/03/2013).
- CARRILLO DEL TESO, A., «La prueba ilícita aportada por particulares: ¿admisión o exclusión? Fundamentos y soluciones jurisprudenciales», *La Ley Penal*, n° 159, 2022, pp. 1-24.
- CEDEÑO HERNÁN, M., «Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional», *Cuadernos de derecho público*, n° 10, 2000, pp. 203-204.
- CORDÓN MORENO, F., «La degradación de la prueba ilícita en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019», disponible en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/10/La-degradaci%C3%B3n-de-la-prueba-ilicita.pdf> (consultado, por última vez, el 28/03/2023).
- COSTA TORNÉ, M., «La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y sus excepciones», *Revista de Derecho UNED*, n° 11, 2012, disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2012-11-6030/Documento.pdf> (consultado, por última vez, el 14/04/2023).
- DEL MORAL GARCÍA, A., «Reflexiones sobre prueba ilícita», en *Revista Científica del Centro Universitario de la Guardia Civil*, n° Especial, 2023, disponible en <https://revistacugc.es/article/view/5486/5677> (consultado, por última vez, el 28/03/2023).
- DÍAZ CABIALE, J. Y MARTÍNEZ MORALES, R., «La teoría de conexión de antijuridicidad», *Revista Jueces para la Democracia*, n° 43, 2002, pp. 39-49.
- GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La Ineficacia de la Prueba Obtenida con Violación de Derechos Fundamentales*, Thomson Aranzadi, 2003.
- GASCÓN ABELLÁN, M., «¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión probatoria», *Revista Jueces para la Democracia*, n° 52, 2005, pp. 47-88.
- GIMENO BEVIÁ, J., «De falciiani a birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bounty hunter)», *Diario La Ley*, n° 9139, 2018, pp. 1-12.
- GÓMEZ CONESA, A., «Teoría de la prueba ilícita a partir del Caso Falciiani», *Diario La Ley*, n° 9808, 2021, pp. 1-8.
- LORCA NAVARRETE, A., «¡¡La prueba ilícita ha muerto. Viva la prueba ilícita (en el proceso justo)!!», disponible en <http://leyprocesal.com/leyprocesal/de/la-prueba-ilicita-ha-muerto-viva-la-prueba-ilicita-en-el-proceso-justo.asp?nombre=7418&cod=7418&session=1> (consultado, por última vez, el 28/03/2023).
- MARCHENA GÓMEZ, M., «La «Sentencia Falciiani»: ¿hacia un nuevo concepto de prueba ilícita entre particulares?», *Revista del Ministerio Fiscal*, n° 3, 2017, pp. 43-57.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, Tirant lo Blanch, 2003.

- MIRANDA ESTRAMPES, M., «La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva delimitación», *Revista Jueces para la Democracia*, n° 47, 2003, pp. 53-66.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, 2004.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n° 22, 2010, pp. 131-151.
- MOSQUERA BLANCO, A., «La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n° 3, 2018, pp. 1-33.
- MUÑOZ CONDE, F., «Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal», *Revista Penal*, n° 14, 2004, PP. 96-123.
- PICO I JUNOY, J., «La prueba ilícita: un concepto todavía por definir», *La administración de justicia en España y en América* (dirs. Martín/Pérez), Astigi Editorial, 2021, pp. 1589-1606.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., «Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal», *Diario La Ley*, n° 8946, 2017, pp. 1-21.
- RIVES SEVA, A., «La prueba ilícita penal y su efecto reflejo», *Revista del Ministerio Fiscal*, n° 3, 2017, pp. 8-42.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus? (comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita)», *Diario La Ley*, n° 8974, 2017, pp. 1-14.
- RODRÍGUEZ RUÍZ, B., «El coste de los derechos fundamentales. Un comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 3, 1999, pp. 315-340.
- SIMARRO PEDREIRA, M., «Prueba prohibida: Un dilema y algunas paradojas. Análisis de perspectiva», *Tesis inédita*, 2019, disponible en <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/11773/Tesis%20Margarita%20Simarro.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultado, por última vez, el 28/03/2023).
- TERRASSA ORTUÑO, F., «Prueba penal ilícita: fundamento de la regla de exclusión y sus excepciones», *Revista jurídica de les Illes Balears*, n° 17, 2019, pp. 9-32.
- UTANDE SAN JUAN, J., «Sustracción de datos bancarios y condena por delito fiscal (a propósito de la STC 97/ 2019, de 16 de julio, sobre el caso Falciani)», *Bit Plus*, n° 243, 2020, pp. 31-38.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional, Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TC:1984:114).

Tribunal Constitucional, Sentencia 64/1986, de 21 de mayo (ECLI:ES:TC:1986:64).

- STC 86/1995, de 6 de junio (ECLI:ES:TC:1995:86).
- STC 54/1996, de 26 de marzo (ECLI:ES:TC:1996:54).
- STC 153/1997, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TC:1997:153).
- STC 81/1998, de 2 de abril (ECLI:ES:TC:1998:81).
- STC 161/1999, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TC:1999:161).
- STC 239/1999, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TC:1999:238).
- STC 8/2000 de 17 de enero (ECLI:ES:TC:2000:8).
- STC 136/2006, de 8 de mayo (ECLI:ES:TC:2006:136).
- STC 99/2009, de 20 de abril (ECLI:ES:TC:2009:99).
- STC 128/2011, de 18 de julio (ECLI:ES:TC:2011:128).
- STC 173/2011, de 7 de diciembre (ECLI:ES:TC:2011:173).
- STC 97/2019, de 16 de julio (ECLI:ES:TC:2019:97)

Tribunal Supremo

- STS (Sala 2ª) 667/1996, de 8 de octubre (ROJ: STS 5367/1996).
- STS (Sala 2ª) 1203/2002, de 18 de junio (ROJ: STS 5439/2002).



- STS (Sala 2ª) 1/2006, de 9 de enero (ROJ: STS 1209/2006).
- STS (Sala 2ª) 529/2010, de 24 de mayo (ROJ: STS 3352/2010).
- STS (Sala 2ª) 91/2011, de 18 de febrero (ROJ: STS 681/2011).
- STS (Sala 2ª) 316/2011, de 6 de abril (ROJ: STS 2659/2011).
- STS (Sala 2ª) 811/2012, de 30 de octubre (ROJ: STS 7642/2012).
- STS (Sala 2ª) 43/2013, de 22 de enero (ROJ: STS 233/2013).
- STS (Sala 2ª) 793/2013, de 28 de octubre (ROJ: STS 5249/2013).
- STS (Sala 2ª) 45/2014, de 7 de febrero (ROJ: STS 358/2014).
- STS (Sala 2ª) 499/2014, de 17 de junio (ROJ: STS 2816/2014).
- STS (Sala 2ª) 511/2015, de 21 de julio (ROJ: STS 3511/2015).
- STS (Sala 2ª) 116/2017, de 23 de febrero (ROJ: STS 471/2017).