



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2021 / 2022

TÍTULO:
PRUEBA ILICITA EN EL PROCESO PENAL

WORK TITLE:
ILEGAL EVIDENCE IN THE CRIMINAL PROCESS

AUTOR/A (nombre y dos apellidos):
ÁLVARO RIVAS DOGEN

DIRECTOR/A:
ERNESTO SAGÜILLO TEJERINA

Introducción	3
Concepto	4
<u>Concepciones amplias</u>	5
<u>Concepciones Restrictivas</u>	5
Doctrina de Tribunal Supremo	7
Reconocimiento legal de la Regla de Exclusión	8
Fundamentacion de RdE	9
Efectos de RdE	11
Clases de Ilícitud	12
Excepciones a RdE	15
STS116/2016, Lista Falciani	19
Ejemplo de violacion de derechos fundamentales	24
Conclusiones	27
Bibliografía	29

El trabajo trata sobre distintos temas vinculados con las pruebas ilícitas. Uno de los epígrafes versa sobre el concepto. Veremos que hay distintos autores que adoptan distintas posiciones a la hora de definir el concepto y que podríamos resumir en concepciones amplias o restrictivas. Uno de los objetivos es mostrar la gran cantidad de escritos existentes que hay sobre el concepto y las distintas posiciones en un tema que muy relevante. Lo que mas llama la atención es la poca uniformidad que existe al igual que ocurre en la propia doctrina del Tribunal Supremo.

El reconocimiento legal de la regla de exclusión es el artículo 11.1 LOPJ gracias a la sentencia 114/1984, que es la que da pie al artículo. Este precepto es un derecho procesal que exige al juez u órgano jurisdiccional expulsar todo aquello obtenido directa o derivadamente de la vulneración de un derecho o libertad fundamental. De esta manera, se prohíbe otorgar efecto alguno a este tipo de pruebas, produciéndose dos efectos de la regla de exclusión como son prohibición de admisión y prohibición de valoración.

Además, debemos de mencionar la cantidad de excepciones que presenta la regla de exclusión: la excepción de buena fe policial, de la fuente independiente y del descubrimiento inevitable.

Finalmente, el trabajo concluye tratando dos epígrafes como son la STS 116/2016, llamada Lista Falciani en donde se analiza la posición que adopta el Tribunal Supremo y queda en evidencia las contradicciones que existen con respecto de la Audiencia Provincial y el Caso Naseiro como ejemplo de prueba ilegal al producirse una serie de acciones judiciales que conducen a violar derechos fundamentales.

1. Introducción:

El fundamento de todo proceso judicial y extrajudicial es lograr alcanzar la **verdad**. Cuando hablamos en la esfera penal, se busca establecer la responsabilidad o inocencia de uno o varios sujetos con respecto de la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por el Estado. En este sentido, probar es demostrar a otro la verdad de algo. La prueba judicial será entonces todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al juez al convencimiento la certeza sobre los hechos o el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio¹.

El objeto del siguiente trabajo recaerá sobre el tema de la prueba en el proceso penal, en concreto, la prueba ilícita la cual aparece recogida en el artículo 11 LOPJ donde nos señala que las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales no surtirán efectos. Desde mi punto de vista, uno de los temas más apasionantes en materia probatoria.

¹ Levene Ricardo, *Manual de derecho procesal penal*, Buenos Aires 1993 pag 335

En el plano general, la ley establece que la prueba obtenida quebrantando derechos fundamentales no puede ser considerada válida ni puede ser utilizada para acusar a la parte contraria, por lo que debe de ser excluida del proceso penal. Cuestión que reitera la Circular 1/2013, de 13 de enero de la fiscalía general del Estado. Sin embargo, como veremos a lo largo del trabajo, hay algunas excepciones a este tema (buena fe en la actuación policial, el descubrimiento inevitable, la conexión de antijuridicidad...).

En la actualidad, el tema de la prueba ilícita es uno de los temas más controvertidos en el ámbito probatorio, principalmente, debido a que hay una tendencia a la práctica de este tipo de pruebas causado por dos factores: la globalización y la cantidad diversa de fuentes de conocimiento. Además, veremos que los Estados tratan este tema de manera diferente. La globalización es una tendencia hacia una integración de distintos países y, desde mi opinión, una armonización de bases sociales, económicas y culturales. Esto hace que, no solo la prueba ilícita se “internacionalice”, sino absolutamente todo junto a las distintas fuentes de conocimiento puesto que mucha jurisprudencia o doctrina procede de otros países como Estados Unidos.

La **terminología** que viene utilizando tanto la doctrina como la jurisprudencia no es para nada uniforme. El tema ya es problemático con la propia terminología pues es frecuente el uso de distintos conceptos para referirse a la prueba ilícita: prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida; prueba nula, prueba inconstitucional, prueba viciada. Lo cierto es que el empleo de uno u otro concepto, según algunos autores, sí pudiera tener algunas diferencias entre sí. De esta manera, Gimeno Sendra distingue entre prueba ilícita y prueba prohibida. Para este autor, la “prueba ilícita” sería aquella que infringe cualquier tipo de ley mientras que la “prueba prohibida” es aquella que surge con violación de normas constitucionales que tutelan derechos fundamentales. Autores como Neyra Flores solo conciben la distinción entre prueba ilegal y prueba prohibida. Por otro lado, hay otros autores como Picó Junoy que entienden que los conceptos de prueba ilícita y prueba prohibida pueden ser concurrentes entre sí en el “cual”. Este vendría a recoger un efecto que es propio de la prueba ilícita como es la prohibición de admisión de la prueba.

2. CONCEPTO

El concepto de ilicitud trata de asignar un calificativo a un acto o acción que va en contraposición a la legalidad. Esto sería una definición genérica del concepto de ilicitud.

La categoría de ilicitud en el ámbito procesal tiene unos elementos determinados siendo solo posibles calificar como ilícitos los actos procesales, en tanto exigen a las partes unas obligaciones o cargas, cuyo incumplimiento actualiza el vínculo entre el acto y la ilicitud. Una de esas cargas es la denominada “carga de la prueba de la acusación”. De esta manera, CARNELUTTI define el ilícito como aquel acto en el que hay una oposición

entre el propósito que se pretende con el acto y el efecto jurídico obtenido². Siguiendo esta línea, se llega a la conclusión de que el único supuesto de ilicitud probatoria en el marco procesal sería **las pruebas falsas**³, por la ruptura que existe con la obligación de veracidad. Para MONTERO AROCA, “la ilicitud se refiere al modo en que se han obtenido las fuentes de prueba, esto es, a cómo la parte ha llegado a tener conocimiento de la existencia de la fuente, y en su caso podrá declararse que la fuente no puede ser asumida en el proceso porque en ésta no se trata de lograr la verdad a cualquier precio⁴.”

Es bastante destacable y sorprendente que un concepto tan importante como sería la prueba ilícita carezca de una definición uniforme tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia. Además, si leemos jurisprudencia observamos que no hay unos elementos comunes para considerar la prueba de ilícita. Como dice TERESA ARMENTA, ha sido una “configuración variable⁵” del concepto de prueba ilícita. Esta falta de uniformidad surge del propio tratamiento jurisprudencial del tema donde suele confundir el concepto con prueba ilícita. Por ejemplo, la STC 64/1986 señala “prueba prohibida es aquella que se obtiene de con infracción de derechos fundamentales” mientras que la STS 974/1997 hace un uso de los conceptos poco crítico que incluso lo tergiversa y pueden llevar a la confusión al señalar “las pruebas obtenidas con violación de derechos o libertades fundamentales equivalen a una prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita”. MIRANDA ESTAMPRES⁶ elabora dos categorías distintas denominándolas: concepciones amplias y restrictivas. Ambas se caracterizan entre sí por considerar o no la violación de derechos fundamentales condición objetiva determinante del calificativo de ilícita.

2.1 Concepciones amplias

El tema de la prueba ilícita es uno de los más complejos que nos podemos encontrar en la dogmática penal. No hay unanimidad por lo que se debe de entender por prueba ilícita y este el primer problema que nos encontramos. De esta manera, podemos encontrar varios sectores de la doctrina que nos dan una definición. Una primera posición es aquellos que entienden la prueba ilícita como la prueba que atenta contra la dignidad humana (artículo 10.1 CE). Esto es un concepto amplio propio, por ejemplo, de la Constitución de Canadá que en su artículo 24.2 señala que “*cuando el tribunal llegue a la conclusión de que una prueba fue obtenida de manera que infrinja o niegue derechos o libertades garantizados por esta carta, la prueba será excluida si se establece que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, su admisión al procedimiento produciría un desprestigio a la Administración de Justicia*”. Así, la **dignidad humana** sería la piedra angular del concepto de prueba ilícita.

² Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil I*, Buenos Aires 1994 pag 73

³ Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires 1994 pag 626

⁴ Montero Aroca, Juan, *La prueba. Consejo General del Poder Judicial*, Madrid 2000 pag 296

⁵ Armenta Deu, Teresa, *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Madrid 2011 pag 15

⁶ Miranda Estampres, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona 2004 pag 19 a 22.

Desde otro punto de vista, tenemos el concepto de Montón Redondo⁷ que considera a la prueba ilícita como aquella en la cual, para su obtención, se produjo una conducta dolosa; es decir, hay una conducta ilícita para conseguir esa prueba.

Hay otras posturas como considerar que, partiendo de ese concepto de ilícito referido a quebrantar cualquier tipo de ley, es contraria a derecho; es decir, que, en la obtención, ha habido una infracción de normas del ordenamiento jurídico como ocurre en el artículo 5.56 de la constitución brasileña que señala que *son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos*. La ilicitud radica en quebrantar una norma del ordenamiento jurídico con independencia de la naturaleza de estas: constitucionales o legales. Dentro de esta categoría, encontramos a DEVISECHANDÍA⁸ quien amplía el punto de partida de la ilicitud. Según él, la ilicitud no solo puede provenir de la infracción de una norma legal sino también de un principio general o cualquier categoría jurídica.

Para DÍAZ CABIALE “el mero incumplimiento de lo establecido en los textos procesales sobre la práctica de la prueba no genera de por sí un supuesto de ilicitud probatoria sino una **irregularidad**”.⁹

2.2. Concepciones restrictivas

Una de las posturas que podemos entender como tal es aquella que vincula únicamente el concepto de prueba ilícita con aquella que se obtiene o práctica violentando derechos fundamentales. MIRANDA ESTAMPRES¹⁰ admite la limitación de la definición de prueba ilícita, atribuyendo un carácter restrictivo al elemento condicionante de la misma, asociado a la vulneración del derecho catalogado como fundamental.

Para González Montes, esa prueba ilícita tiene que suponer una infracción de un derecho fundamental del mismo nivel o superior al derecho a la prueba que tienen las partes consagradas en el artículo 24.2 CE. El problema estaría en **delimitar** qué derechos son superiores o equivalentes al derecho a la prueba.

También hay una posición restrictiva (doctrina italiana de Conso) que parte del derecho a tener un proceso penal con todas las garantías, por lo que aceptar este tipo de pruebas supondría una vulneración de este derecho; sobre todo, a la igualdad de armas entre las partes, que produciría un gran desequilibrio, además de atentar a los derechos fundamentales (STC 97/2019 de 16 de julio).

⁷ Montón Redondo, Alberto, *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Salamanca, 1977, pag 174

⁸ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba ilícita I*, Buenos Aires, 1981, pag 539

⁹ Díaz Cabiale, José Antonio, *La admisión y practica de la prueba en el proceso penal. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1992, pag 104

¹⁰ Miranda Estampres, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona 2004, pag 22

Estos autores parten de la STC 114/1984, de 29 de noviembre¹¹ y el artículo 11.1 LOPJ. Uno de los mayores apoyos de la concepción restrictiva parte de esta sentencia citada. Desde esta orientación se desprende que, exclusivamente, la prueba ilícita solo se ciñe a violación de los derechos fundamentales consagrados en la Sección 1 del Capítulo 2º del Título I de nuestra constitución (art 15 a 29). Además, se incluiría el principio de igualdad del artículo 14. El único inconveniente de ella es que parece no zanjar la definición de prueba ilícita por su fundamento jurídico 4º.

Hay otra visión de otros autores que dicen que no solo debemos de incluir aquellos derechos que gozan de amparo constitucional, sino que también se debe de ampliar el efecto de ilicitud a todos los derechos del capítulo 2º CE.

Ahora bien, no toda violación de derechos fundamentales conlleva la ilicitud de la prueba. El elemento esencial para determinar el adjetivo de ilícita reside en un **nexo de causalidad** entre el acto que viola el derecho fundamental y la obtención de la prueba. Como dicen algunos autores, “la obtención de la fuente de prueba tiene que ser el resultado de lesionar el derecho fundamental¹²”.

Desde mi punto de vista, la definición que más se ajustaría al concepto de prueba ilícita sería aquella prueba obtenida y/o practicada con violación de derechos fundamentales. Además, es una definición que te permite distinguirla de la prueba irregular que sería aquella obtenida y/o practicada con infracción de las normas del ordenamiento jurídico, pero sin afectación de ningún derecho fundamental.

3. Doctrina en el Tribunal Supremo

En la doctrina de la Sala 2º del TS, podemos encontrar dos modelos a seguir. Por un lado, tenemos un sector de la doctrina que se podría catalogar como mayoría, que delimita la prueba ilícita con aquella que vulnera derechos fundamentales en su obtención o práctica. El Auto Sala 2ª TS, de 18 junio 1992 en el Caso Naseiro señala: “*No toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas puede conducir a esa imposibilidad, hay que concluir que solo cabe afirmar que existe prueba prohibida cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales. En este sentido debe resolverse el problema a través de la llamada "ponderación de intereses involucrados" que en otras ocasiones ha utilizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y esta Sala*”.

En este punto es donde se viene distinguiendo entre prueba ilícita y prueba irregular. Esta última es aquella prueba que presenta defectos de forma en el

¹¹ Miranda Estampres, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona 2004, pag 24

¹² DIAZ CABIALE, J.A. Y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, 2001, pag 22

momento de ser practicada y, no por eso, se le puede rechazar su valor probatorio, sea prueba o diligencia de investigación. Esta distinción hace que la Sala 2ª TS señale que la doctrina de “los frutos del árbol envenenado”, procedente de EE. UU. solo sea de aplicación para las pruebas ilícitas.

Por otro lado, hay una segunda orientación, minoritaria, que parte de un concepto de ilicitud mucho más amplio en el que aglutina como ilicitud no solo aquellas pruebas que violentan derechos o libertades fundamentales, sino que también la infracción de la legalidad procesal ordinaria. Así, la STS 29 de marzo 1990, en el fundamento jurídico señala que *“cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa, quizá, haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza”*.

4. Reconocimiento legal de la Regla de Exclusión.

La constitución española no reconoce de manera expresa la prohibición de la prueba ilícita, solo hace referencia al “derecho a usar los medios de prueba pertinentes” reconocido en el artículo 24.2 CE.

Hasta la STC 114/1984, no se contaban con antecedentes legislativos, aunque sí se trató el tema por diversos autores del área de derecho procesal en sus trabajos sobre corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, DIAZ CABIALE Y MARTINEZ MORALES señalan la transcendencia de dicha resolución, al entender que hay una negativa a considerar aquellas pruebas con violación de un derecho fundamental y entienden que es lo que da pie al artículo 11.1 LOPJ.

Con el proyecto de ley de la que es la Ley orgánica del poder judicial, se introdujo, por parte del Partido Popular, una enmienda que decía lo siguiente: *"No surtirán efecto, en ninguna clase de procesos, los medios de prueba obtenidos, directa o indirectamente, de modo contrario a la ética o al Derecho"*. Posteriormente, el Grupo socialista del Senado modificó la enmienda anterior diciendo que quedaría al amparo establecido por el Tribunal Constitucional en el Recurso 114/1984. Finalmente, el texto prosperó consagrándose en el artículo 11 LOPJ, por primera vez en España, la prueba ilícita.

Este precepto es un derecho procesal que exige al juez u órgano jurisdiccional expulsar todo aquello obtenido directa o derivadamente de la vulneración de un derecho o libertad fundamental¹³.

¹³ MARTÍNEZ GARCÍA, E. “El tratamiento procesal de las pruebas ilícitas”, Revista de Derecho Penal (37), 2012, pp. 43

El precepto señala textualmente “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. De esta manera, iremos analizando el precepto por bloques.

En primer lugar, al decir “no surtirán efecto”, se está refiriendo a la “inutilizabilidad” de la prueba a través de su inadmisión en el proceso o no entrando a su valoración.

En segundo lugar, al referirse a pruebas ilícitas, es una expresión que ha sido interpretada en la STC 64/1986, de 21 de mayo, en donde viene de excluir del ámbito de aplicación de este precepto aquellas pruebas vulneradoras de derechos y libertades. El ámbito de aplicación se reduce a la búsqueda y recogida de fuentes de prueba.

Si es cierto que hay parte de la doctrina que entiende el concepto de “obtenidas” como toda labor tendente a llegar a un resultado probatorio en el proceso¹⁴. De esta interpretación, se extiende, no solo a la obtención sino también a la práctica

En la mención de “directa o indirectamente” quieren decir que el precepto no solo se aplica a aquellas pruebas que originalmente son ilícitas sino que también se extiende a aquellas que son lícitas pero que son consecuencia de un acto ilegal previo.

Y, por último, cuando habla de “violentando derechos o libertades fundamentales”, se refiere a aquellos reconocidos en la constitución en la Sección Primera Capítulo Segundo del Título I, es decir, los artículos 14 a 29 CE.

Este sería el artículo 11.1 LOPJ aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales, pero sobre todo, al ámbito penal por las características del proceso que incide en los derechos individuales.

5. Fundamentación de la Regla de exclusión

La sentencia 114/1984, de 29 de noviembre del Tribunal Constitucional es para muchos autores el punto de partida. Se introdujo en nuestro país lo que se conoce como prueba ilícita. Configura la RdE como una garantía procesal de naturaleza constitucional íntimamente ligada a un derecho con todas las garantías.

En primer lugar, la sentencia toma como referencia el principio de la doctrina establecida por la Corte suprema de Estados Unidos respecto a la “evidence wrogfully obtained” y de “exclusionary rule”, en cuya virtud, no pueden admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la constitución (FJ2). De esta manera, el TC toma como referencia lo declarado en el caso U.S. v Janis de 1976 en donde señala que la regla de exclusión

¹⁴ Asencio Mellado, J.M., *prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, pag 82

tiende a garantizar los derechos reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio.

Según DÍAZ CABIALE Y MARTÍNEZ MORALES, la fundamentación de la regla de exclusión de la prueba ilícita en España se encuentra en el valor supremo que la Constitución concede a los derechos fundamentales¹⁵. Así, los derechos fundamentales tienen una posición presente los cuales no pueden ser violentados. Además, tal afirmación se ve reforzada al considerar que la prohibición de que una prueba ilícita surta efectos en el proceso penal es un límite a la búsqueda de la verdad material y el carácter acusatorio y garantista del proceso e, incluso, al principio de igualdad de armas.

Inicialmente, el fundamento para excluir la prueba ilícita encontró su sitio en el “derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes”. Este derecho, que tiene carácter instrumental en el ejercicio del derecho de defensa¹⁶, solo encontró el límite al derecho a probar. En la STC 114/1984, el TC reconoce la relación entre la prohibición del medio de prueba y el sistema de derechos y garantías fundamentales que se integra en la CE.

Posteriormente, el fundamento se basaba en la presunción de inocencia (art 24.2 CE). La presunción de inocencia se encontraría vulnerada en caso de admitir pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales¹⁷. De esta manera, el TC reinterpretó el fundamento de la regla de exclusión señalando que: *“De defender que la vulneración de una prueba ilícita vulneraba el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, a entender que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia, siempre que se hubiera provocado indefensión y la valoración de la prueba ilícita fundamente la condena.”*

Un tiempo después, se pasó de la **presunción de inocencia al derecho de la tutela judicial efectiva** consagrado en el artículo 24.1 CE.

Finalmente, se establece que la regla de exclusión se fundamenta en el derecho al proceso con todas las garantías ubicado en el artículo 24.2 CE. El propio TC ha establecido la relación de la prueba ilícita con el derecho a un proceso con todas las garantías. Por ejemplo, en la STC 50/2000 refrenda lo dicho en su fundamento jurídico 2º que señala que *“la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes y se basa, asimismo, a la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”*.

Los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales suponen un límite al ejercicio del poder punitivo por parte del Estado. El Estado no puede ejercer el “ius puniendi” afectando a los derechos fundamentales de los ciudadanos. No podemos perseguir actos delictivos a costa de quebrantar

¹⁵ DÍAZ CABIALE, J.A. Y MARTINEZ MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, 2001, pag 27

¹⁶ Martínez García, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Valencia, 2003, pag 23

¹⁷ Díaz Cabiale, José Antonio, *La admisión y practica de la prueba en el proceso penal*, 1992, pag 47

derechos fundamentales. Así, en el mapa internacional podemos encontrar países que consagran la regla de exclusión en la propia constitución como México u otros países donde la RdE se derive implícitamente del derecho a un proceso con todas las garantías. Desde mi perspectiva, el fundamento de la RdE es un fundamento constitucional. Lo que ocurre es que como veremos, con el transcurso del tiempo, se han ido introduciendo ciertas excepciones disminuyendo ese carácter constitucional y absoluto de la RdE.

En este punto se produce un cambio a la hora de considerar la prueba ilícita según DIAZ CABIALE y MARTINEZ MORALES. De esta manera, en un contexto de coexistencia en un proceso entre pruebas obtenidas válidamente y pruebas consideradas ilícitas supondría una violación al derecho al proceso con todas las garantías y no habría violación del derecho a la presunción de inocencia¹⁸.

6. Efectos derivados de la regla de exclusión

De la interpretación que hacemos del artículo 11.1 LOPJ se desprende de él la prohibición de otorgar efecto alguno a ese tipo de pruebas. La ineficacia de estas se pueden observar en dos momentos procesales. En primer lugar, en el inicio del proceso, la denominada prohibición de admisión de elementos probatorios y, en segundo lugar, en un momento final, durante la valoración de la prueba, la llamada prohibición de valoración. Además, el propio artículo, exige excluir la prueba ilícita para la configuración de la base fáctica de la sentencia.

En cuanto a la prohibición de admisión, supone que cuando los medios de prueba son ilícitos no deben de ser admitidos y, en caso de ser admitidos, no pueden ser tenidos en cuenta.

En este trámite, el juez, de oficio o a instancia de parte, debe de rechazar la prueba obtenida de forma ilícita. Es decir, la ilicitud de esa prueba operaría como causa de inadmisión de la prueba.

La LECrim no contempla la ilicitud de la prueba como causa de inadmisión sino que solo habla de pertinencia de pruebas. El artículo 659 LECrim dice que el tribunal examinará las pruebas y dictara auto, admitiendo las que considere pertinentes. Contra el auto admitiendo la prueba no cabe recurso mientras que si el auto rechaza una prueba, se puede interponer recurso de casación. Lo recurrible es la sentencia por dicho motivo. El artículo 785.1 LECrim no cabe recurso alguno sin perjuicio de que la parte a la que fue denegada su petición pueda reproducir su petición al inicio de la sesión del juicio oral, momento en el cual pueden incorporarse a la causa informes, certificaciones u otros documentos que el Ministerio Fiscal o las partes estimen oportuno y el Juez lo admita.

¹⁸ DIAZ CABIALE, J.A. Y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, 2001, pag 33

La STC 114/1984, de 29 de noviembre, en su fundamento jurídico 5 considera que las pruebas ilícitas deben de calificarse como impertinentes.

En cuanto a la prohibición de valoración, puede ocurrir que esas pruebas ilícitas superen el control de admisibilidad y se incorporen al proceso. De esta manera, el juez o el determinado tribunal no deben de tener en cuenta esas pruebas a la hora de dictar sentencia. Como dice MIRANDA ESTAMPRES “lo que le está vedado al órgano jurisdiccional es la operación de valoración de la prueba obtenida de forma ilícita”¹⁹.

Y esta circunstancia, es decir, el hecho de incorporar al proceso pruebas ilícitas puede producir un problema desde el punto de vista psicológico en el juez o tribunal. La práctica de una prueba sobre la que recae dudas de ilicitud y que, posteriormente no surte efectos, puede influir psicológicamente al juez.

En caso de ocurrir este hecho, la doctrina está dividida en dos posturas. Por un lado, se encuentra MIRANDA ESTAMPRES diciendo que ese juez que ha entrado en contacto con la prueba ilícita debe de ser apartado²⁰. Por otro lado, algunos autores indican que esa posible influencia psicológica que puede pesar sobre el juez debe de ser un riesgo que se debe asumir. Por ejemplo, TORRES MORATO dice que es un riesgo que se debe de asumir porque si no podríamos afectar al artículo 24.2 CE, en otras palabras, al derecho con todas las garantías o juicio justo.

7. Clases de Ilícitud

Hay muchos tipos de clasificaciones presentados por la doctrina, pero en el presente trabajo vamos a usar el criterio temporal; es decir, momento en el que se produce la ilicitud, el criterio territorial y el criterio causal o material que es la causa que motiva esa ilicitud²¹.

En el **criterio temporal** debemos de distinguir si la ilicitud se produce dentro o fuera del proceso distinguiendo ilicitud extraprocesal o ilicitud intraprocesal.

La **ilicitud extraprocesal** es aquella que se produce en el momento de obtener las fuentes de prueba; es decir, que están fuera del marco del proceso. Es importante distinguir entre fuente o medio de prueba²². El medio de prueba se da en juicio oral o reproducirse en casos de prueba anticipada o preconstituida, mientras que la fuente de prueba se da en un momento extraprocesal. La mayor parte de las ilicitudes se dan en la fase de instrucción; es decir, en la búsqueda de la fuente de prueba ordenada y controlada por el Juez de instrucción o en la fase de investigación que sería una fase pre-procesal no tanto judicializada. Esto es bastante importante sobre todo en los países donde

¹⁹ Miranda Estampres, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona 2004 pag 175

²⁰ Miranda Estampres, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona 2004 pag 180

²¹ Miranda Estampres, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona 2004 pag 26

²² Armenta Deu, Teresa, *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Madrid 2011 pag 68

se confía en exclusividad esa investigación al ministerio fiscal (Alemania u Holanda). La ilicitud extraprocesal es la que más se produce en la práctica. La mayoría de los casos analizados tanto por el TC como por el TS hacen referencia a la búsqueda, localización y obtención y recogida de las fuentes de prueba.

Un número importante de prohibiciones probatorias actúan como límite al ámbito de actuación policial en los momentos iniciales del procedimiento, al igual que aquellas actuaciones limitativas de derechos que se convierten en prueba preconstituida como una entrada y registro de un domicilio.

En este punto es importante hablar acerca de la condición del sujeto activo que obtiene la prueba y sobre algunas excepciones que hacen que la prueba ilícita sea tenida en cuenta (tema tratado posteriormente). Desde mi perspectiva, es indiferente la condición del sujeto, sea funcionario público o particular debiendo tener el mismo tratamiento jurídico puesto que los derechos fundamentales tienen una eficacia "erga omnes". La STC 114/1984, de 29 noviembre señala la "*nulidad radical de todo acto público, o en su caso, privado violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución*". Hay países que no ciñen la ilicitud a las autoridades públicas (España), donde el abanico de sujetos se extiende a personas como investigadores privados o el propio defensor. Esto no sucede, por ejemplo, en Francia donde los particulares no están sujetos al principio de lealtad siempre que la prueba se someta a contradicción en juicio y la ilicitud no sea grave.

Algunos autores mencionan que la ilicitud probatoria no solo puede venir de la violación de derechos fundamentales, sino que también por lesión de garantías procesales²³ como sería, por ejemplo, la inmediatez o contradicción.

La **ilicitud intraprocesal** es aquella que afecta a un acto procesal, es decir, cuando afecta a la proposición, admisión y practica de la prueba, como es el uso de medios coactivos en un interrogatorio.

ARMENTA DEU, en cuanto al criterio temporal, distingue entre fuente y medio de prueba, en cuanto la fuente se obtendrá extraprocesalmente mientras que el medio deberá de practicarse en juicio oral o reproducirse en casos de prueba anticipada o preconstituida. La prueba anticipada es aquella que se produce antes del juicio oral debido a un riesgo elevado de fallecimiento o por imposibilidad de que el testigo pueda acudir al juicio oral, es decir, por causas incontrolables por las partes. Esta debe reunir las garantías probatorias inherentes al juicio oral y condición indispensable es la "irrepetibilidad" de esta. Si, por ejemplo, la enfermedad que tuvo el sujeto dio lugar a la prueba anticipada y, transcurrido un tiempo, esa enfermedad sana, la prueba testifical se deberá de repetir en fase de juicio oral.

²³ DIAZ CABIALE, J.A. Y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, 2001, pag 24

La exigencia de contradicción ha de garantizarse en una doble fase. En primer lugar, en la propia instrucción, en el desarrollo de la prueba anticipada y, en segundo lugar, en juicio oral, articulándose a través de la cumplimentación de las actuaciones precisas para documentar la diligencia en un soporte apto e instando, en juicio oral, la reproducción de la grabación o lectura²⁴.

La prueba preconstituida es aquella anterior al juicio oral y es aquella que existe antes de la apertura del proceso judicial y está disponible en todo momento para el juez, pre constituyendo su eficacia probatoria²⁵. El fundamento de esta es evitar la impunidad del sujeto y garantizar la investigación, pues esas diligencias serían de imposible reproducción en un momento posterior.

Entonces, la cuestión tiene una doble perspectiva. Por un lado, establecer hasta donde el ordenamiento jurídico puede aplicar esta excepcionabilidad y establecer los mecanismos ineludibles para compensar la relajación de las garantías.

Lo que ocurría en España hasta 1981 es que se acudía, con mucha frecuencia, al artículo 730 LECrim que permiten leer en el juicio diligencias prácticas en el sumario lo que propiciaba a dictar sentencias condenatorias con solo el fundamento de lo realizado en fase de sumario. A partir de la STC de 28 de Julio de 1988 se establece que solamente se considera prueba la producida en juicio oral con las garantías de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad. Por tanto, las diligencias policiales que se realicen en fase de sumario, para que puedan ser valoradas conforme al artículo 741 LECrim deben de ser reiteradas en fase de juicio oral. De esta manera, para contemplar la valoración de una prueba policial, se debe de someter a unos requisitos como que el determinado agente de policía comparezca en juicio para ratificarlas o se dará lectura en el acto del juicio con la correspondiente documentación. Además de darse unas garantías una garantías consagradas en los artículos 777.2 II y III y 797.2.1 LECrim como son practica previa jurisdiccional, documentación en soporte apto garantizando la cadena de custodia y reproducción en juicio.

Ambos tipos de prueba vienen a ser una excepción de la exigencia de que la actividad probatoria respete los principios de inmediación, oralidad y contradicción. Por ello, no solo debemos de establecer unas garantías que trasladen a ese determinado momento los principios de inmediación, oralidad y contradicción sino que también debe de velar por preservar el resultado de esa prueba en el mismo estado, conocido como "cadena de custodia".

Con estos dos tipos de pruebas, la fase de instrucción obtiene una gran importancia sobre todo porque hay diligencias de investigación que son limitadores de derechos fundamentales y que, por ello, en necesaria una

²⁴ Armenta Deu, Teresa, *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Madrid 2011 pag 70

²⁵ Idem

autorización previa judicial. Debe de haber un examen previo que vele por la legalidad de la diligencia y en la obtención de la fuente de prueba.

El **criterio territorial**, a mi parecer, es importante desde el punto de vista de la internalización del crimen y por factores como la globalización y las nuevas tecnologías. Es vital saber donde se obtiene la fuente de prueba y cómo se incorpora al proceso, y saber si se ha producido alguna ilicitud en un tercer estado a la hora de practicar la prueba.

El artículo 3.1 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959, señala que las pruebas obtenidas en el extranjero se valorarán por los tribunales españoles de acuerdo con el derecho vigente de España. Desde el Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas y para países miembros de la Unión Europea (Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo), se establecen unos instrumentos comunicativos y ejecución entre los distintos órganos jurisdiccionales de cada país. En la STS de 25 de noviembre de 2002 dice que el TS no supervisará o controlará las fuentes de prueba obtenidas en países extranjeros. De esta manera, si se alega violación de unos derechos fundamentales en un estado extranjero, el sujeto deberá acreditar dicha circunstancia y será controlado por los órganos jurisdiccionales de dicho estado al que se solicitó la ayuda.

8. EXCEPCIONES REGLA DE EXCLUSIÓN

La excepción de la buena fe policial: dicha excepción tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Norteamericano²⁶. Se aplicó en el llamado Caso León vs US en donde la policía tuvo que hacer un registro domiciliario en virtud de una resolución judicial que creían válida. Después, el Tribunal Supremo entendió que esa resolución no era válida al emitirse sin causa probable por lo que se entendió que se había violado la IV enmienda. Al haber actuado la policía de buena fe, el tribunal permitió que las pruebas obtenidas gracias a esa resolución se presentasen al entenderse que la policía actuaba bajo un mandamiento judicial legal.

A partir de este momento, es cuando se incorpora esta excepción a la regla de exclusión siempre y cuando la actuación policial no viole ningún derecho fundamental y tengan la creencia de que su comportamiento se ajuste al ordenamiento jurídico. Así, esta excepción no atenta contra el carácter disuasorio que presenta la regla de exclusión.

²⁶ MIRANDA ESTAMPRES, M, “La prueba ilícita: Regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, revista catalana de seguretat publica, mayo, 2010, pag 140

Otro de los supuestos donde también se aplicó esta excepción es en el Caso Michigan vs De Filippo²⁷ en donde la policía actúa en virtud de una ley que posteriormente fue declarada inconstitucional.

Dicha excepción fue recogida en nuestro ordenamiento con la STC 22/2003 en donde se admitieron las pruebas obtenidas por los agentes de policía aun cuando se había quebrantado el derecho a la inviolabilidad del domicilio debido a que los agentes creían en todo momento “actuando conforme a la constitución” no apreciar dolo o culpa en su actuación.

La mencionada sentencia analiza en supuesto de entrada al domicilio debido a que el consentimiento de entrada fue dado exclusivamente por la esposa, que a su vez era denunciante de un caso de violencia de género, obteniendo así un arma de fuego cuya propiedad era de su esposo. El tribunal entiende que ese consentimiento no es válido, utilizando el argumento del fundamento jurídico 8:

“el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa.

Del sentido de garantía del art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido.”

Finalmente, el TC acabó admitiendo el aprovechamiento probatorio derivado de ese consentimiento desestimando la vulneración al derecho a un proceso con todas las garantías (24.2 CE). El argumento que esgrime el tribunal se recoge en el fundamento jurídico 10:

“desde un plano puramente objetivo, el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto. La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la

²⁷ Ídem

investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución.”

Otra de las excepciones que encontramos son las de eficacia refleja donde encontramos las siguientes:

La excepción de la fuente independiente: para poder apreciar esta excepción será necesario partir de un presupuesto que es difícil que se produzca como una desconexión causal entre la prueba ilícita original y la prueba derivada. Los problemas se suelen dar cuando se califica a una prueba como independiente cuando en realidad está relacionada con una actividad probatoria inicial ilícita.

Uno de los casos donde se aplicó esta excepción fue en el Caso Bynum vs US²⁸ en donde se excluyeron las huellas dactilares obtenidas a causa de una detención ilegal. Se considero que fue ilegal al no existir una causa razonable para que se produjese.

El TC español ha incluido entre los criterios para calificar a una prueba como jurídicamente independiente el factor temporal, es decir, el periodo de tiempo que transcurre entre las pruebas (STC 66/2009).

La excepción del descubrimiento inevitable: según esta excepción no cabría la exclusión de la prueba cuando se hayan revelado pruebas de manera inevitable por parte de la policía siempre que se haya producido con respeto a los derechos fundamentales. Es de origen norteamericano y se aplicó en el caso Nix vs William²⁹ en 1984. Lo que ocurrió fue que la policía detuvo a un sospechoso y llevó a cabo un interrogatorio ilegal. Fruto de este, el sospechoso confesó ser culpable y comunicó el lugar donde estaba enterrada la víctima. Lo que hizo el tribunal fue excluir de las pruebas ese interrogatorio, pero no el lugar de donde se encontraba el cadáver puesto que se había acotado una zona de rastreo previamente la cual incluía la ubicación de la víctima. El tribunal entendió que el cuerpo se iba a encontrar inevitablemente.

Es una excepción que ha sido objeto de numerosas críticas y se necesita que el gobierno acredite que la prueba obtenida como resultado de una violación

²⁸ Ídem

²⁹ Ídem

constitucional hubiese sido descubierta por medios legales e independientes de la conducta ilegal.

El TS español recogió esta excepción en la STS de 4 de Julio de 1997 aunque limita su aplicación a supuestos donde haya buena fe policial. El fundamento jurídico 4 establece que:

“Sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del "descubrimiento inevitable". En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de Agentes de la Policía Autónoma Vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína "al por mayor". Es decir que "inevitablemente" y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada.”

Desconexión de antijuridicidad por convalidación de la declaración de los imputados: La STS de 6 de octubre de 2006 indica:

"Son abundantes las sentencias del Tribunal Constitucional y de esta Sala que admiten la prueba de confesión como autónoma e independiente de la prueba declarada nula, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- 1. que dicha declaración se practique ante el juez previa información del inculpado de sus derechos constitucionales, en particular del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, con posibilidad de guardar silencio o de no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulan.*
- 2. que se halle asistido del letrado correspondiente.*
- 3. que se trate de una declaración voluntaria sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar dicha voluntariedad."*

La excepción del nexo causal atenuado: esto fue utilizado por primera vez en el caso Wong Sun vs US³⁰. Era un supuesto en donde se produce una entrada ilegal de la que se deriva una detención de A, el cual confesó que quien le vendió la droga fue B. Este también involucró a una tercera persona. Este fue detenido de la actividad ilegal inicial. Posteriormente C confesó ser culpable. El tribunal rechazó todas las pruebas menos la confesión voluntaria

³⁰ Ídem

de C debido al carácter de voluntariedad que esta tenía aun sabiendo que, muy posiblemente, sin la entrada ilegal, no se hubiese producido. El tribunal entiende que la confesión rompe el nexo causal de la entrada ilegal entendiéndolo como un acto de regeneración.

La STC 86/1995 recoge esta excepción al atribuir la confesión voluntaria del acusado ante el juez instructor y juicio oral, a la condición de prueba jurídicamente independiente. El TC entiende que hay una relación causal entre la intervención ilegal de la comunicación (no había autorización judicial) y la confesión prestada por los descubrimientos hechos de objetos incriminatorios. Esta excepción parte de una relación entre la prueba ilícita y la derivada, pero el nexo que las vincula es de tan baja intensidad que autoriza a la utilización de la prueba derivada.

9. La STS 116/2016, la lista Falciani

En el presente epígrafe vamos a analizar la posición que adopta el Tribunal Supremo con respecto a la doctrina de la regla de exclusión probatoria.

El recurrente en casación, Darío, fue condenado por la Audiencia Provincial de Madrid por dos delitos contra la Hacienda Pública, por defraudación en el IRPF de los ejercicios 2005 y 2006 debido a la no declaración de ciertas cuentas y sus rendimientos abiertos en la entidad financiera HSBC.

Según los hechos probados, “el acusado era titular, (...), y con la intención de mantener sus fondos ocultos al fisco, de las siguientes cuentas en el HSBC Private Bank Suisse (...). En ellas se alojaban diversos activos: bonos, obligaciones convertibles, depósitos fiduciarios, fondos en acciones, activos líquidos, fondos de inversiones, acciones preferentes, valores, y productos estructurados. El importe económico al que ascendían estos activos alcanzaba las siguientes cantidades: Saldo a 31/12/2005: 5.802.137,96 dólares USA (4.918.316,49 euros) Saldo a 31/12/2006: 6.950.482,05 dólares USA (5.277.511,05 euros). Darío no declaró jamás a la Hacienda ni a las autoridades fiscales españolas ni la relación ni la posesión de estas cuentas, ni sus fondos o activos, ni pagó impuesto alguno por ellos. Tampoco tributó por ellos en Suiza”.

La clave de esto es que estos hechos se acreditan gracias a la lista Falciani, en la cual aparece Darío. Por ello, es importante saber el origen de este caso que comienza con un hombre llamado Falciani el cual era ingeniero informático y fue residente en Suiza y trabajaba para el HSBC. De razón de su cargo, tuvo acceso a información secreta bancaria de diferentes clientes y la recopiló, incluso llegó a hacer una base de datos. Antes de abandonar la empresa, se apoderó de ficheros y datos de la empresa en los que constaba la identidad de infinidad de personas con cuentas y activos ocultos al fisco de estados europeos. Tal apropiación constituyó un delito contra el secreto bancario en Suiza. Falciani cambió de residencia a Francia y allí, por orden de Suiza, se

registró su domicilio y encontraron ese CD con mas de tres mil supuestos defraudadores de todo el mundo con cuentas en Suiza.

Esta lista fue entregada a la AEAT. Fue detenido en Barcelona por orden de extradición de Suiza, pero fue puesto en libertad por la Audiencia Nacional. En este momento, se abre un procedimiento judicial por delito fiscal contra una persona que apareció en esa lista porque había declarado una determinada renta en la declaración del IRPF.

Este modo de obtención de la prueba esencial por un particular, a través de la comisión de un delito, es lo que pone en tela de juicio la validez de la prueba, por entrar en colisión con derechos fundamentales como la intimidad del acusado. En este caso, tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal supremo entendieron que no resultaba de aplicación la exclusión probatoria dada por el artículo 11.1 LOPJ.

La Audiencia Provincial concluía la ilicitud de la prueba mediante dos vías argumentativas. La primera línea argumental se basaba en el principio de no indagación. Esto supone un reconocimiento mutuo y confianza en la cooperación judicial internacional en virtud de la cual, España no se entromete en las diligencias practicadas por autoridades extranjeras en sus territorios a los requisitos de la legislación española, de modo que no pueden investigar sobre la validez de ellas, debiendo de respetar lo realizado por aquellas. Así, la STS 456/2013, de 9 de junio, señala que “no cabe convertir a los tribunales españoles en custodios de la legalidad de las actuaciones efectuadas en otro país de la unión europea.

Siguiendo esta posición, la audiencia valoró que la entrega de la prueba se dio en el marco de procedimientos previstos para la cooperación en el ámbito de la lucha contra el fraude fiscal. En otras palabras, no valoró la actuación de las autoridades francesas para conseguir esas pruebas.

La segunda vía argumentativa utilizada por la Audiencia Provincial para rechazar la extradición de Falciani giraba en torno a que los hechos realizados por Falciani no resultaban típicos conforme al derecho penal español. En esta situación hablamos del principio de doble incriminación el cual exige que los hechos por los que se reclama la extradición sean constitutivos de delito tanto en legislación del estado requirente como de acuerdo con las normas penales españolas. De esta forma, la cooperación judicial internacional se condiciona a que el hecho enjuiciado sea delito en los dos estados.

En el presente caso, la Audiencia señala que no se encuentra tipificado el delito de violación del secreto comercial y del secreto bancario en nuestro Código Penal y que los hechos atribuidos a Falciani no son subsumibles a un delito de deslealtad profesional tipificados en los artículos 278 y 279, por no ser la información revelada lícita.

Expuesta la argumentación de la Audiencia, entro a analizar la STS 116/2016 la cual rechaza los argumentos esgrimidos.

En primer lugar, el Tribunal Supremo comenta acerca del principio de no indagación, el cual tiene carácter limitado y no puede aplicarse en todo caso. De esta manera entiende que esa teoría no resuelve el problema planteado ya que evita entrar a analizar si hubo o no lesión de un derecho fundamental.

Con respecto al principio de doble incriminación, la sentencia dice que “el concepto de ilicitud probatoria no exige como presupuesto la comisión de un hecho ilícito. El art 11 LOPJ vincula ese efecto, no a la autoría de un delito, sino a la obtención de las pruebas mediante un acto vulnerador de derechos o libertades fundamentales que, por definición, puede ser o no constitutivo de delito”. Consecuentemente, este argumento tampoco podía sostener la validez de la prueba.

Preliminarmente, el Tribunal Supremo alude a jurisprudencia comparada con respecto al propio caso. Por ejemplo, menciona pronunciamientos de la Corte de Casación francesa o del Tribunal Constitucional alemán quienes reconocieron el valor probatorio de la lista Falciani.

Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció y reconoció la validez de la lista como prueba, pero de modo indirecto, puesto que no fundamentaba la condena, sino la autorización de entrada y registro en un domicilio particular. El caso llegó al Tribunal de Estrasburgo por una demanda presentada por dos ciudadanos alemanes, quienes fueron condenados en base a los indicios recabados con la entrada y registro acordado judicialmente en base a la información obtenida como consecuencia de una filtración semejante a la Lista Falciani.

En primer lugar, el Tribunal Supremo admite la lista Falciani como medio de prueba y el argumento que da es que la regla de exclusión probatoria recogida en el artículo 11.1 LOPJ tiene como objetivo evitar excesos policiales y de otros agentes del Estado durante la persecución de delitos, por lo que la cláusula no resulta aplicable a un particular.

En el fundamento jurídico 6 dice: *“la Sala entiende que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art 11 de la LOPJ y, sobre todo, en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión solo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito. La prohibición de valorar pruebas obtenidas con violación 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 utilizables en un proceso penal.”*

En el fundamento jurídico 7 señala que la aplicación de la regla de exclusión debe aplicarse en un contexto de ponderación señalando que *“También el ciudadano que busca acopiar datos probatorios para su incorporación a una causa penal tiene que percibir el mensaje de que no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero. Lo que allí se apunta sólo adquiere sentido si se interpreta como una llamada a la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso concreto. 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. No pueden recibir el mismo tratamiento, por ejemplo, la interceptación de las comunicaciones telemáticas llevada a cabo por un particular y el acceso a unos documentos visibles en un escritorio.”*

A continuación, el propio tribunal expone unos ejemplos diciendo *“por ejemplo, en el narcotraficante integrado en una organización criminal que por desavenencias con sus compinches y para ofrecérselo al grupo rival decide hacerse con un fichero cifrado en el que se contienen todos los datos personales -incluida la información bancaria- de los integrantes del cártel; o en quien descubre un cadáver con signos de violencia en el domicilio cuya inviolabilidad acaba de quebrantar para apoderarse de objetos de valor. Carecería de sentido resolver las dudas acerca de la validez de esa información obtenida por un particular obligando a los agentes de policía a operar con una irreflexiva regla de exclusión que antepusiera la protección de los datos personales de los narcotraficantes o la intimidad domiciliaria del asesino frente a la investigación de un grave delito contra la vida o la salud pública.”*

Además, establece claramente el porqué admite la prueba al señalar como clave la finalidad que Falciani perseguía: *“La finalidad disuasoria que está en el origen de la exclusión de la prueba ilícita no alcanzaba a Herve Falciani, que sólo veía en esa información una lucrativa fuente de negociación. En definitiva, no se trataba de pruebas obtenidas con el objetivo, directo o indirecto, de hacerlas valer en un proceso”, explica la sentencia. Su incorporación a la causa penal abierta en el Juzgado de instrucción de Alcobendas que investigó a Sixto D.C. “no guarda conexión alguna –ni directa ni remota- con la vulneración de los datos personales que protegían a los evasores fiscales”.*

El supremo entiende que el sujeto que, de propia iniciativa, desborda el marco normativo con el objetivo de tener un lucro, fomentar el debate sobre el secreto bancario o cualquier interés personal, no lo hace en nombre del Estado. *“Es*

evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada 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 que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría. No rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas incriminatorias. Nada tiene que ver esa actuación con la de un agente al servicio del Estado. Lo que proscribe el art. 11 de la LOPJ no es otra cosa que la obtención de pruebas (“no surtirán efecto las pruebas obtenidas...”). Es el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal –entendido éste en su acepción más flexible- lo que queda afectado por la regla de exclusión cuando se erosiona el contenido material de derechos o libertades fundamentales”.

Debemos de recordar que, de manera expresa el proyecto de Código Procesal Penal de 2013 matizaba el alcance de la regla de exclusión cuando la violación del derecho fundamental tuviese su origen en la actuación exclusiva de un particular que hubiese actuado sin voluntad de obtener pruebas (art. 13 CPP). Y el anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 admitía la validez de las pruebas derivadas o reflejas "... si no guardan una conexión jurídica relevante con la infracción originaria" (art. 129).

Agregó, sin embargo, que este razonamiento no pretende formular una regla que pretenda validez general. Tampoco tiene intención de proclamar un principio tendiente a la aceptación incondicional de las fuentes de prueba proporcionadas por particulares y posteriormente utilizadas en procesos penales. La regla de prohibición siempre y en ningún caso excluye entre sus destinatarios a las personas físicas que acrediten la recopilación de fuentes de prueba que serán utilizadas posteriormente en el proceso penal. Un ciudadano que busque reunir pruebas para su inclusión en un caso penal también debe reconocer que no podrá utilizar la información que haya adquirido a través de una violación consciente y deliberada de los derechos fundamentales de terceros. Se debe estudiar cada caso concreto.

No pueden recibir el mismo tratamiento, por ejemplo, la interceptación de las comunicaciones telemáticas llevada a cabo por un particular y el acceso a unos documentos visibles en un escritorio. Tampoco pueden ser valorados con artificial simetría unos documentos obtenidos por un particular mediante la entrada subrepticia en el domicilio de otro y la información obtenida de forma casual por un error en la identificación del destinatario.

El tribunal señala: *“El razonamiento que da vida al fundamento jurídico precedente no busca formular una regla con pretensión de validez general. Tampoco aspira a proclamar un principio dirigido a la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y que luego son utilizadas*

en un proceso penal. La regla prohibitiva no excluye entre sus destinatarios, siempre y en todo caso, al particular que despliega una actividad recopiladora de fuentes de prueba que van a ser utilizadas con posterioridad en un proceso penal. También el ciudadano que busca acopiar datos probatorios para su incorporación a una causa penal tiene que percibir el mensaje de que no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero. Lo que allí se apunta sólo adquiere sentido si se interpreta como una llamada a la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso concreto.”

10. Ejemplo de violación de derechos fundamentales

El caso Naseiro es un claro ejemplo de prueba ilegal. En este caso suceden una serie de acciones judiciales que conducen a violaciones graves, haciendo que la prueba obtenida vulnere derechos fundamentales y por tanto es ilegal. Así lo estableció la sentencia TS 6102/1992, de 18 de junio.

Inicialmente, en noviembre de 1989, la policía solicitó una intervención telefónica de Don Rafael P.A., investigando un presunto delito de drogas. El juez de instrucción ordenó una intervención telefónica. Entonces, a finales de diciembre de ese año, la policía instó a ampliar la intervención, pero ese juzgado de instrucción había desaparecido y, por lo tanto, deciden dirigirse al juzgado de instrucción de guardia sin hacer referencia a nada. En febrero se solicitó otra intervención telefónica (Francisco Javier Doctor). La intervención anterior fue aprobada pero suspendida el día 13 de ese mismo mes sin mediar explicación alguna. Los inspectores de policía entregaron varias cintas al juzgado en diferentes fechas desde el 5 de febrero al 10 de abril. En consecuencia, el 26 de marzo de 1990, hay una nueva solicitud y aprobación de una extensión de la intervención telefónica de Raphael, de nuevo, por presuntos delitos contra la salud pública, pese a las actuaciones que han realizado las investigaciones (bajo investigación por presuntos delitos de cohecho). Finalmente, el 10 de abril, acordaron detener la intervención telefónica.

El fundamento jurídico 8 señala *“la policía se dirige con otro oficio al Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción núm. 2 (en manuscrito se dice «en funciones de guardia, el día 29») y sin hacer ningún tipo de referencias (lo que, sin duda, era absolutamente inexcusable hacer) a las anteriores vicisitudes, esto es, a la intervención telefónica ya decretada, y sin dar cuenta de lo obtenido con la interceptación que venía grabándose, se pone de relieve otra vez que se están produciendo contactos con individuos pertenecientes a una organización internacional de traficantes de cocaína.”* En estas circunstancias, *“el Juez dicta el Auto de 29 del citado mes de diciembre, en un impreso en el que sólo se han intercalado las expresiones (desde luego insuficientes) «tráfico de drogas», «BJP», «Estupeficientes», «30 días», accediendo a lo interesado por la policía. En cambio, en el escrito que la policía dirige a la Compañía Telefónica el mismo día 29 de diciembre sí se hace referencia a que se trataba*

de una prórroga, que fue el dato ocultado al Órgano Judicial.” La prórroga es diferente a la autorización de una primera intervención puesto que la misma se concede en función de lo que se ha descubierto hasta la fecha.

El mismo fundamento jurídico dice que *“se ha estado investigando durante bastante tiempo un delito de cohecho cometido por determinadas personas”* el cual debió de ponerse en conocimiento del juez de inmediato para saber si autorizar o no. No obstante, el juez prorroga la intervención de las comunicaciones para investigar un delito contra la salud pública. Lo hace por medio de Auto que no cumple con las exigencias de motivación. El fundamento jurídico 4 señala: *“Respecto de la motivación, significa la exteriorización razonada de los criterios en los que se apoya la decisión judicial. Es decir, la exigencia de motivación se satisface cuando, implícita o explícitamente, se puede conocer el razonamiento, esto es, el conjunto de reflexiones que condujeron al Juez a tomar la decisión que tomó, incluidos los supuestos de conceptos jurídicos indeterminados.”*

De esta manera, la falta de motivación del auto es una de las vulneraciones producidas al señalar que se acuden a puras formulas y expresiones que son insuficientes para entender el Auto como motivado.

Esto no quiere decir que las decisiones deban de estar perfectamente motivadas en los términos exigibles. El TS dice que *“También en la motivación actúa, a su vez, la proporcionalidad. A mayor trascendencia de la decisión, mayor exigencia, si cabe, respecto de la motivación.”*

Otra de las vulneraciones producidas son los derechos fundamentales, en concreto, el derecho al secreto de las comunicaciones. Si en él se permiten intromisiones sin justificación alguna, puede romperse el equilibrio sobre el que se sustenta el propio ordenamiento.

La Ley Orgánica 4/1988, de 25 mayo (RCL 1988\1136), de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dio nueva redacción al art. 579 de la misma. En el ap. 2 se establece que: *“Asimismo el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”,* y en el ap. 3 se dice: *“De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.”*

La doctrina científica pone de relieve la excesiva indeterminación de la normativa pero lo que si deja claro es que resulta indispensable que existan indicios, y no sospechas o conjeturas. El TS señala que *“Los indicios racionales de criminalidad, y a ello equivale la palabra «indicio» del art. 579, son*

indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, como dice la doctrina científica, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho posible objeto de investigación a través de la interceptación telefónica. Y el Juez, dentro por supuesto del secreto, debe exteriorizar cuál es el indicio o los indicios"... "Ello quiere decir que sólo el Juez, pero no a su libre albedrío, sino siempre de acuerdo con la Ley y conforme a sus principios, es el único que puede acordar una intervención telefónica. No es ni puede ser, por consiguiente, un indicio la simple manifestación policial si no va acompañada de algún otro dato o de algunos que permitan al Juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad."

Respecto de las autorizaciones judiciales para la interceptación de las comunicaciones, el TS manifestó que, en aquella época, dada la insuficiente regulación normativa, hace una reconstrucción vía jurisprudencial de cómo realizar de manera correcta la medida utilizando la analogía de la Ley Enjuiciamiento Criminal respecto de la detención de la correspondencia privada y dice *"por ejemplo, el art. 586 de la misma, resultando, por tanto, imprescindible que la resolución que acuerde la intervención/observación se motive, se determine su objeto, número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas/ observadas, quiénes hayan de llevarlas a cabo y cómo, períodos en que haya de darse cuenta al Juez para controlar su ejecución y, especialmente, la determinación y concreción, hasta donde sea posible, de la acción penal a la que se refiere para aplicar rigurosamente el principio de proporcionalidad."*

Por tanto, se produce una vulneración de la intimidad porque, aunque la intervención se acuerda judicialmente, no hay ninguna motivación o, si la hay, es insuficiente y no se respeta el principio de proporcionalidad porque no existe una relación entre la naturaleza del delito y su gravedad con la medida adoptada.

El juez da autorización a la intervención por un presunto delito contra la salud pública cuando en realidad se investigaba un delito de cohecho. Es decir, el objeto autorizado es incompatible con el objeto de la intervención telefónica. Así que nos enfrentamos a una divergencia entre el crimen de actividades de narcotráfico autorizadas para ser investigadas a través el delito real que se investiga (cohecho). Esta situación debería haber sido notificado por la policía inmediatamente al juez para que autorice para respetar el principio de proporcionalidad. Esto se debe a que no se pueden autorizar la intervención de teléfonos o interferir con otros derechos fundamentales de las personas con el fin de averiguar cualquier actividad delictiva, sino que es necesario tener pruebas de un delito y tener derecho a investigar un presunto delito específico. Otra cosa es que se encuentre un delito de manera casual el cual debe comunicar separa ver si se puede ser ampliar la autoridad judicial.

De esta manera, el TS concluye que: *“Las circunstancias anteriormente expuestas, unidas a las que ahora se citan, conducen a la conclusión de que las pruebas obtenidas a través de las intervenciones telefónicas, como ya se anticipó, fueron radicalmente nulas. Las resoluciones que las acordaron carecieron de verdadera motivación, los contenidos o finalidades de la intervención se desviaron en el curso de los acontecimientos, pese a lo cual no se produjo un conocimiento en tiempo oportuno del Juez de Instrucción y hubo en estas circunstancias evidente desproporción entre las medidas, en plural, tomadas, y las finalidades que, en un orden racional de las cosas, pudieran obtenerse de las citadas medidas que han de ser excepcionales y proporcionales al fin.”*

En resumen, el TS declara nulas las pruebas obtenidas porque su conducta vulnera el derecho fundamental de confidencialidad de las comunicaciones (artículo 18.3 CE). Además, esto indica que no cabe practicar el resto de las pruebas derivadas de estas intervenciones (eficacia refleja) porque son consecuencia de una prueba ilícita.

11. Conclusiones

Una vez expuesto las distintas posiciones doctrinales sobre el de prueba ilícita creo que debería debo exponer algunas conclusiones.

Desde mi perspectiva, la prueba es el medio que sirve para acreditar la certeza de determinados hechos controvertidos. Esta actividad debe de realizarse bajo el amparo de las normas del ordenamiento jurídico.

En este contexto, es necesario saber la diferencia entre la prueba irregular y la prueba ilícita. La primera sería aquella que infringe una ley procesal mientras que la ilícita es la que vulnera un derecho o libertad fundamental y no puede ser ni admitida ni valorada por el juez. La prueba irregular se va a poder subsanar durante el proceso mientras que la ilícita no.

Creo que es oportuno mencionar una frase de ASENSIO MELLADO que establece la dimensión de la prueba ilícita dentro de un Estado: *“La adecuación del proceso penal a los valores constitucionales refleja, más que otra cosa, la realidad democrática de un país. El respeto a los derechos, su primacía por encima de otras consideraciones, la intolerancia ante agresiones injustificadas, las reacciones del ordenamiento jurídico inmediatas y firmes, son elementos que deben valorarse al punto de apreciar la vigencia real de la Constitución en un Estado. Todo lo que se oponga a estas consideraciones contradice el modelo constitucional aunque sea vestido muchas veces con argumentos aparentemente justificados en la necesidad de protección de valores públicos que se anteponen al respeto, al individuo, pero siempre, a lo largo de la historia, reveladores de tendencias que buscan una “eficacia” perversa, porque asientan sobre “verdades” inciertas o inadmisibles cuando debilitan la posición constitucional de la persona”*

Por tanto, establece que la verdad material no está por encima de los derechos que debe tener garantizado el imputado a lo largo del proceso penal. Y concluyo que, nuestro Estado democrático y de derecho, no puede dar pie a un escenario de sentencia condenatoria fundamentada en una prueba ilícita.

Además comparto la postura de los frutos del árbol envenenado. Si una determinada prueba es consecuencia de haber realizado una prueba ilícita y existe una vinculación entre ellas, considero que ambas pruebas deben de ser expulsadas porque si no fuese así, habría una tendencia a producir pruebas ilícitas con el objetivo de conseguir otras.

Otra de las cosas que me ha llamado la atención son las excepciones en la prueba ilícita. Creo que es preocupante la cantidad de excepciones que se van incorporando lo que creo que produce una inseguridad jurídica porque, siguiendo esta línea, la prueba ilícita se va a convertir la propia excepción.

Otro de los temas que más me ha llamado la atención en la realización del trabajo ha sido la gran cantidad de contradicciones que puede haber entre distintos órganos jurisdiccionales y la falta de uniformidad o consenso en un tema tan relevante como la prueba ilícita. En el propio caso Lista Falciani observamos las contradicciones entre la Audiencia Nacional ve la conducta como una forma de colaboración con las distintas autoridades mientras que el Tribunal Supremo lo entiende como una forma lucrativa. Además la entiende como ilícita por haber sido obtenida por un particular.

Quizás deba ser el momento para evitar estas contradicciones y establecer un concepto único de prueba ilícita.

Por último debo de hacer una reflexión sobre la posible incidencia psicológica que pueda producir la prueba ilícita. Sería esa situación donde un juez no puede condenar a una persona sabiendo que es culpable mediante una prueba que ha sido considerada como ilícita. En caso de que esa prueba “conviva” con otras, ¿podría influir, psicológicamente, la valoración de esas otras por parte del juzgador puesto que sabe que la persona es culpable?

BIBLIOGRAFÍA

Miranda Estampres, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona 2004

Armenta Deu, Teresa, *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Madrid 2011

MIRANDA ESTAMPRES, M, “La prueba ilícita: Regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, revista catalana de seguritat publica, mayo, 2010

DIAZ CABIALE, J.A. Y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, 2001

Montero Aroca, Juan, *La prueba. Consejo General del Poder Judicial*, Madrid

Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba ilícita I*, Buenos Aires, 1981

MARTÍNEZ GARCÍA, E. “El tratamiento procesal de las pruebas ilícitas”, Revista de Derecho Penal (37), 2012

Jurisprudencia:

STC 64/1986

STS974/1997

STC 97/2019

STC 114/1984

STC 50/2000

STC 22/2003

STC 66/2009

STC 86/1995

STS 116/2016

STS 6102/1992