EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PRUEBA ILÍCITA¹

MARÍA AMPARO RENEDO ARENAL

Profesora Contratada Doctora-Universidad de Cantabria

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se discute sobre la prueba ilícita, entendida como aquella que vulnera derechos fundamentales, no se discute acerca de si los hechos sobre los que versa la actividad investigadora son o no ciertos², sino sobre los límites que el respeto a los derechos fundamentales pueden o deben imponer a la actuación investigadora y probatoria en el proceso penal e, inevitablemente, cual es la consecuencia de traspasar dichos límites, es decir, ¿se debe admitir que el órgano judicial dicte una sentencia de condena basada en una prueba que haya sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales?

En todo proceso penal, nos recuerda el profesor Asencio, en la búsqueda de la verdad³, nos encontramos con un conflicto entre dos intereses que están siempre presentes⁴: el interés público en defensa de la sociedad y el interés privado en el respeto de los derechos y garantías individuales.

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+i «Proceso y Prueba prohibida» (PID2020-114707GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, con vigencia desde el 1 de septiembre de 2021 hasta el 30 de agosto de 2024 y cuyo IP es Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín.

² Pues, como afirma COUSSIRAT, J.A., “El Proceso Penal y la Verdad”, en, *La Administración de Justicia en España y en América. José Martín Ostos (Liber Amicorum)*, (MARTÍN RIOS, P. y PÉREZ MARÍN, M.A. Dir.), Astigi, Sevilla, 2021, pp. 455 a 485; “el hecho existe o no existe en tanto resulte probado, pero no puede predicarse por ello de tal hecho que es verdadero o falso”. Hay que recordar lo señalado por GUZMAN, N., *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, ed. actualizada, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2018, pp. 79 y ss.

³ Abandonando cualquier calificativo de la misma, pues como indica TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Trad. Jordi Ferrer Beltrán, Editorial Trotta, Madrid, 2022, pp. 24-25 y 99, se tiene que olvidar el calificativo de material, en relación con la verdad, porque la existencia de unas reglas jurídicas o límites en la obtención de la prueba, no puede ser suficiente para fundamentar un concepto autónomo de verdad formal, otra cosa sería tanto como decir que la verdad judicial es completamente distinta y autónoma de la verdad a secas.

⁴ Según ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Trivium, Madrid, 1989, p. 76.

Si se opta por priorizar en cualquier caso el interés público nos encontraríamos con una línea predominantemente represora, ante el temor de que determinados hechos pudieran quedar impunes, resultando así superfluo hablar de prueba ilícita, porque no existiría freno alguno a la investigación criminal, pudiendo por lo tanto buscar la verdad a cualquier precio. Si, por el contrario, se diera primacía absoluta al interés privado, manteniendo una posición garantista a ultranza o extrema, ello implicaría el fracaso del propio proceso penal, ya que, por su propia naturaleza, el mismo siempre supondría una limitación de derechos fundamentales. En uno u otro caso estaríamos ante un enfoque parcializado⁵ y deberíamos, por lo tanto, realizar una difícil tarea para lograr un equilibrio, sin olvidar que el establecimiento de unos límites “no va a suponer una relativización de la verdad sino el mantenimiento de valores básicos esenciales para el bien común”⁶.

Nos indicaba Ada Pellegrini que la búsqueda de la verdad debía de ser entendida en un sentido correcto⁷, es decir, por un lado, como una verdad sustraída a la influencia que las partes, con su comportamiento procesal, quisieran ejercer sobre ella y, por otro lado, en el sentido de una verdad que no siendo absoluta u ontológica ha de ser, ante todo, verdad judicial, es decir, no una verdad obtenida a cualquier precio, sino una verdad procesalmente válida, porque el derecho a la prueba, sometido al principio de investigación de la verdad, enlaza con la existencia de prohibiciones de prueba que, como excepciones o límites a tal principio, se apoyan sobre la ponderación superior de ciertos intereses extraprocesales frente a los intereses procesales encaminados al descubrimiento de la verdad⁸.

No debemos olvidar que a la sociedad le interesa la resolución de los conflictos existentes, pero también le deben interesar los instrumentos que el Estado crea para conseguir ese fin⁹. Y recordemos, además, que junto a los intereses indicados, el de la sociedad y el del sujeto investigado, se añaden otros, como los derivados de los mecanismos de cooperación internacional y del principio de no indagación fundado en el de confianza mutua¹⁰.

⁵ Vid. URBANO CASTRILLO, E. -De, “Criterios dominantes sobre la desconexión de la antijuridicidad: en especial, la confesión del acusado”, *La Ley Penal*, n.º 58, marzo 2009, pp. 5 y ss.

⁶ Tal y como nos recuerda MORAL GARCÍA, A. -Del, “Verdad y Proceso Penal”, en *El derecho a la verdad, Perspectivas y regulación*, (PRADA RODRÍGUEZ, M. -De, Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia 2021, pp. 123 a 157; siguiendo la explicación de PÉREZ DEL VALLE, C., *Teoría de la Prueba y Derecho Penal*, Dykinson, 1999, p. 60, para quien los límites no implican una disminución en la intensidad del deber de conocimiento de la verdad, sino el sometimiento a reglas derivadas de la misma exigencia del bien común.

⁷ Vid. PELLEGRINI GRINOVER, A., con SCARANCA FERNANDES, A., y MAGALHÃES GOMES, A., *As nulidades no processo penal*, 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1997, pp. 129 y 130.

⁸ Tal y como indicó BELING, E., *Derecho Procesal Penal*, Trad: Miguel Fenech, Editorial Labor, Barcelona, 1943, pp. 212 a 218.

⁹ Según NIETO, A. Y GORDILLO, A., *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Edit. Trotta, Madrid, 2003, p. 36.

¹⁰ Esto es lo que ha ocurrido con la investigación de los dispositivos Encrochat, intervenidos por las autoridades francesas en 2020, o el caso de los teléfonos AMON, que se comienzan a investigar por el FBI en 2017 y cuyos datos resultantes de esa investigación, dudosa desde el punto de vista de nuestro sistema, acaban siendo utilizados por la Audiencia Nacional en el enjuiciamiento de dos importantes organizaciones criminales que habían orquestado entregas de drogas a través de dichos teléfonos. Sobre estos

2. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL Y LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Con carácter previo parece conveniente advertir que, aunque el actual análisis se ha centrado en la prueba ilícita en el proceso penal, la teoría de la prueba ilícita y la regla de exclusión de la misma, no está circunscrita a este orden jurisdiccional, como ocurre en EEUU (desde el caso *Janis* en 1976)¹¹, sino que cabe hablar de la prueba ilícita en cualquier tipo de proceso¹², en relación con los cuales deberíamos plantearnos la disyuntiva de si está justificado un estándar menos exigente de suficiencia y rigor probatorio en esos procesos seguidos en otros ordenes jurisdiccionales¹³, o, al menos, si lo está con la excusa de que en los mismos existe un dominio de las partes sobre la existencia y el objeto del proceso.

También es preciso indicar, con carácter previo, que se ha utilizado desde el primer momento el término prueba ilícita, referido a la que se obtiene con vulneración de derechos fundamentales, y parece importante indicarlo por motivos de utilidad¹⁴, sin que con ello se renuncie a otras muchas denominaciones que la misma recibe¹⁵.

Aunque es ampliamente aceptado por la doctrina, no hemos optado por el uso del término “prueba prohibida”, ya que se trata de una expresión que no es

supuestos, vid, PERALTA GUTIÉRREZ, A. y PARRA IGLESIAS, F.J., “Incorporación de prueba penal obtenida en el proceso judicial extranjero: casos *EncroChat* y *Sky*. ECC”, *La Ley Penal*, n.º 149, marzo-abril, 2021 (Ejemplar dedicado a “Derecho a la intimidad e investigación penal”); y el análisis de RUBIO MORENO, F., “Caso *EncroChat* y la prueba resultante de las intervenciones masivas de comunicaciones encriptadas en procesos penales exrangeros”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, num. 153, año 18, noviembre-diciembre 2021 (Ejemplar dedicado a “Excesos en la Criminalización”).

¹¹ Tal y como indica, POUCHAIN RIBERO, P.M., *La regla de exclusión de la prueba ilícita. Un estudio comparado desde su origen en EEUU*, Tirant lo Blanch, Sao Paulo, 2020, pp. 98 y ss.

¹² Existiendo estudios específicos de la prueba ilícita en otros órdenes jurisdiccionales, así p.e. por su novedad, MADRID BOQUÍN, C.M., *La prueba ilícita en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; GASCÓN INCHAUSTI, F., “La prueba ilícita en el proceso civil, entre la exclusión y la ponderación”, en *Derecho Probatorio y otros estudios procesales*. Vicente Gimeno Sendra. *Liber amicorum*, (ASENCIO MELLADO, J.M. Dir.), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp. 783 a 800; CASAS BAHAMONDE, “Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* (BOE), n.º 4, 2021, pp. 1 a 19; o RICHARD GONZÁLEZ, M., “A vueltas con la prueba ilícita: aplicación de la doctrina fijada en el caso *Falciani* en el proceso laboral”, *La Ley Probática*, n.º 5, Tercer Trimestre de 2021.

¹³ Tal y como lo hace DAMASKA, M.R., *El derecho probatorio a la deriva*, Trad: Picó i Junoy, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 115 y ss., al plantear los paradigmas civil y penal y el compromiso de la búsqueda de la verdad en relación con ellos.

¹⁴ Sin buscar con ello un “perfeccionamiento intrascendente”, utilizando la expresión de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Cuestiones de terminología procesal*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1972, p. 11, para quien la anarquía en el uso de la terminología perturba el conocimiento y el manejo del derecho.

¹⁵ Así, entre otros, prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, prueba clandestina..., que son algunos de los recogidos por MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2004, pp. 17 y 18.

plenamente satisfactoria para nuestro objetivo¹⁶, por su excesiva extensión, pues en ella entendemos englobados, como han puesto de manifiesto algunos autores¹⁷, todo un conjunto de supuestos o medios de prueba que no van a poder ser utilizados para conseguir la convicción del tribunal necesaria para dictar la sentencia, incluida dentro de ellos el de la prueba ilícita, pero también aquellas pruebas contrarias al principio de legalidad¹⁸, es decir, las obtenidas o incorporadas al proceso con desconocimiento de las disposiciones legales que regulan el procedimiento para su obtención o práctica.

Delimitada la terminología, se hace necesario, antes de nada, determinar si existe un derecho fundamental autónomo a la exclusión de la prueba ilícita y las consecuencias que, de la respuesta a esta cuestión, se deriven para una posible limitación a la investigación penal.

La pregunta es redundante, y lógicamente sobra, en aquellos países cuyas Constituciones recogen expresamente entre sus disposiciones la exclusión de la prueba ilícita, como es el caso de Ecuador, Brasil, México o Portugal. Aunque se debe tener en cuenta que, en líneas generales, en estos ordenamientos en donde se reconoce el derecho a la prueba como un derecho fundamental, el mismo, al no ser absoluto¹⁹, “admite algunas restricciones en aras de proteger otros derechos o principios fundamentales, aunque cualquier restricción que reste eficacia a aquel deberá estar justificada en la protección de otro derecho fundamental”²⁰, pues de otro modo podría resultar que la regla limitadora podría devenir inconstitucional.

En aquellos otros países en los que no existe previsión constitucional expresa, como ocurre en España o Chile, resulta difícil mantener la existencia de este derecho fundamental autónomo. Esto no significa que las pruebas vulneradoras de derechos fundamentales no estén excluidas de su uso en el proceso, aunque sea buscando co-

¹⁶ Aunque es preciso poner de manifiesto no sólo la utilidad para otros fines, sino la necesidad de acudir a las prohibiciones probatorias en general para entender la limitación al objeto de la prueba que las mismas suponen, así, Vid. FLORIÁN, E., *De las pruebas penales*. Tomo I. De la prueba en general, Edit. Temis, Bogotá-Colombia, 1995, pp. 146 y ss. En relación con estas prohibiciones, véase, entre otros, MAIER, J.V.J., *Antología. El Proceso Penal contemporáneo*, Palestra editores, Lima, 2008, pp. 771 a 790; o PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el Proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, *Justicia* 86, n.º II / 1986, pp. 337 a 368.

¹⁷ Vid., ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba...*, ob.cit., pp. 75 y ss.

¹⁸ Siguiendo la distinción hecha por REYES ALVARADO, Y., “Prohibiciones de prueba en los sistemas de tendencia inquisitiva y adversarial”, en *Fundamentos de Derecho Probatorio en materia penal*, (AMBOS, K., y MALARINO, E. Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 193 a 237.

¹⁹ Pues como afirma GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Mayor, 2003, pp. 120 a 123; “ninguna norma, por muy importante que sea su contenido o los valores que persigue puede imponerse a toda costa (...) siempre es susceptible de excepciones; ha de contar con una válvula de escape que permita, llegado el caso, su coexistencia pacífica y armónica con otras reglas o principios de idéntico o superior valor”. Por eso, el autor, opina acertadamente que una regla de exclusión absoluta puede resultar excesiva y desproporcionada y conducir a consecuencias plenamente insatisfactorias.

²⁰ Como afirma que ocurre, de manera generaliza en los países de Iberoamérica, PRIORI POSADA, G.F., “Reglas de exclusión probatoria y prueba ilícita en Iberoamérica: un reporte desde el derecho fundamental a probar”, en *La prueba en el proceso, II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 153 a 174.

bijo en el área del derecho a un proceso con todas las garantías o proceso debido, o simplemente en la mera infracción de normas reguladoras de la prueba²¹.

Así, a modo de ejemplo, en España, el Tribunal Constitucional, en la ya lejana STC 114/1984, de 29 de noviembre, entendió que no había ninguna norma en la Constitución Española que consagrara un derecho constitucional autónomo a la desestimación de la prueba ilícita y que, por tanto, el uso de la prueba ilícitamente obtenida no implicaba necesariamente lesión de un derecho fundamental. Aún así, decía esa sentencia, que si la ilicitud probatoria se diera y existiera una regla que impusiera su ineficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal material probatorio podría afectar al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Cuando se dictó la mencionada sentencia no existía en España una regla que impusiera tal ineficacia, pero un años después, en 1985, el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) supuso la consagración definitiva en el ordenamiento español de la teoría de la prueba ilícita al disponer, de forma expresa y clara, que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales”.

Lamentablemente, tras más de 30 años, la STC 97/2019, de 16 de julio, hizo la interpretación más restrictiva que cabe del art. 11.1 LOPJ, al establecer que la prueba ilícita ya no podía definirse como aquella que vulnera un derecho fundamental, sino sólo aquella que viole un derecho fundamental sustantivo, con la intención de perjudicar una garantía procesal de la parte contraria²².

No han faltado voces que han defendido esta interpretación como una necesidad derivada del derecho fundamental a la prueba, que exigiría una interpretación restrictiva de los preceptos que lo limiten, permitiendo así la máxima virtualidad y eficacia del mismo²³; sin dejar, por ello, huérfana de protección la vulneración del derecho fundamental sustantivo, pues la misma dará lugar a la correspondiente responsabilidad penal, civil o disciplinaria. Todo esto no ha impedido reconocer, a quienes mantienen esta posición, que la nueva interpretación genera inseguridad jurídica porque “se debe acudir a cada caso concreto para que el juez determine si la vulneración del derecho fundamental sustantivo comporta, además, el desprecio de una garantía procesal del art. 24 CE”. Lógicamente, el

²¹ Que como indica ARMENTA DEU, T., “La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”, *Revista Ius et Praxis*, año 13, n.º 2, 2007, pp. 345 a 377, en especial p. 355, es lo que ocurre en Alemania, en donde se distingue entre pruebas prohibidas legalmente y reglas de exclusión, sin que se precise conexión alguna con la vulneración de derechos fundamentales (el art. 136 a StPo anuda la prueba ilícita a la infracción de normas reguladoras de la prueba).

²² Según PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita: un concepto todavía por definir (1)”, en *La Ley Probática*, n.º 1, Sección Tribuna, Tercer trimestre de 2020; para quien la nueva interpretación puede justificarse sistemáticamente en la necesidad de permitir la máxima eficacia del derecho fundamental a la prueba, pero, la que suscribe se pregunta ¿a qué precio?

²³ Por todos vid. PICÓ I JUNOY, J., “El derecho a la prueba: un valor en expansión (1)”, *La Ley Probática*, n.º 8, Sección Tribuna, Segundo Trimestre de 2022; y del mismo autor “La prueba ilícita: un concepto todavía por definir”, *La Ley Probática*, n.º 1, Tercer trimestre de 2020.

órgano judicial deberá motivar la resolución en la declare la ilicitud que podrá ser impugnada a través de los correspondientes recursos.

Aunque el reconocimiento de un derecho fundamental autónomo en el Texto Constitucional no asegura la presencia del uso indebido o excesivo de la prueba ilícitamente obtenida, sí permite, al menos, una reacción frente a dicho uso, mientras que en aquellos ordenamientos que no gozan del reconocimiento de un derecho autónomo a excluir las pruebas ilícitas, o cuando el reconocimiento depende de la cambiante jurisprudencia, la deriva garantista está en peligro y abocada a una preocupante modulación a favor de la obtención de la verdad a cualquier precio, con una inevitable merma de las garantías del proceso.

Otro problema habitual es que, a pesar de recoger, ya sea constitucionalmente o en su legislación ordinaria, la citada regla de exclusión de la prueba ilícita, son pocos los países en los que se desarrolla normativamente el tratamiento completo de la misma, campo vacío de regulación que la jurisprudencia se ha abalanzado a completar con diferentes resultados y sin dar una solución definitiva a numerosos problemas prácticos en los que resultaría relevante detenerse para dar una solución: el momento para plantear la ilicitud de la prueba²⁴, la legitimación, la resolución de la cuestión planteada, la impugnación... Parece que hemos olvidado que el derecho procesal es el derecho de los derechos, su garante, y que sin la vía oportuna y adecuada difícilmente vamos a poder dar satisfacción a la tutela solicitada. Muchos son los autores, con independencia de su nacionalidad, que reclaman una reforma legislativa que permita superar una marcada ausencia de una completa normativa que atienda y resuelva los problemas de anomia e incerteza, las contradicciones jurisprudenciales..., y muchos otros problemas que presentan sus modelos de prueba ilícita²⁵.

3. DELIMITACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PRUEBA ILÍCITA

3.1. La prueba obtenida por los particulares

En este contexto nos debemos de plantear si resulta importante llevar a cabo una delimitación del elemento subjetivo de la prueba, es decir, si es relevante o

²⁴ Cuestión que produjo una interesante polémica doctrinal, entre ASECIO MELLADO, J.M., "La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de la garantía de los derechos fundamentales", *Diario La Ley*, n.º 8009, Sección Doctrina, 25 de enero de 2013, Ref. D-30, pp. 1 a 20; y GIMENO SENDRA, V., "La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. ASECIO) (1)", *Diario La Ley*, n.º 8021, Sección Tribunal, 12 de febrero de 2013, Ref. D-55, pp. 1 a 7; los títulos de sus trabajos, lo dicen todo.

²⁵ Para consultar la opinión de diversos autores en diferentes modelos resulta imprescindible la lectura de BUJOSA VADELL, L.M. (Dir.), *La prueba en el proceso. Perspectivas nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; obra en la que analizan diferentes aspectos probatorios de más de 30 países de cuatro continentes. En concreto sobre la prueba ilícita, pp. 135 a 242.

no, el hecho de que la violación de un derecho en la obtención de una prueba se lleve a cabo por un particular o por una agente estatal; y ello porque parece que esa delimitación, no sólo puede llegar a influir en el contenido que le demos al concepto de prueba ilícita, sino, también, porque puede tener importantes repercusiones en la existencia misma de la regla de exclusión de dicha prueba.

Parece que es unánime la afirmación de que la violación de un derecho fundamental en la obtención de una prueba por parte de un agente estatal o sujeto público provoca la exclusión de dicha prueba por tratarse de una prueba ilícita; esto, en principio, y siempre que no exista una causa de excepción a la regla de exclusión.

Pero no se puede afirmar lo mismo cuando nos encontramos ante una violación cometida por un particular porque las soluciones dadas en los diversos ordenamientos son diferentes, llegando en alguno de ellos a no incluir, dentro de la teoría de la prueba ilícita, las conductas provocadas por particulares, como así ocurre en Estados Unidos²⁶. Allí, la condición de funcionario público resulta determinante porque el argumento esencial para fundar la regla de exclusión es, precisamente, el efecto disuasorio que se busca con dicha exclusión. A esto volveremos enseguida.

Tampoco podemos olvidar que cuando nos referimos a particulares, dentro del término encontramos una riqueza de situaciones que difieren unas de otras, así, por ejemplo, detectives privados, delatores, colaboradores²⁷, e incluso empresas²⁸, pero que son, todas ellas, tratadas de igual forma a la hora de excluir o no las pruebas por ellos obtenidas con vulneración de derechos fundamentales.

En España, el Tribunal Constitucional (TC), desde un primer momento, garantizó sin fisuras, en su STC 114/1984, de 29 de noviembre, la aplicación de la teoría de la prueba ilícita, tanto cuando la prueba era obtenida por el Estado como cuando lo era por un particular. Pero no cabe duda de que desde aquella sentencia hasta las más recientes dictadas en España, se ha recorrido un largo camino, especialmente en lo referente a las pruebas ilícitas aportadas por los particulares, que aparentemente ha dado un importante y muy polémico giro por el conocido como “caso Falciani”.

Hervé Falciani era un empleado de HSBC en Suiza, que antes de abandonar esta entidad, 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 los Estados europeos, la llamada “lista Falciani”, de cuya información pretendía ob-

²⁶ Vid MIRANDA ESTRAMPES, M., *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema de Estados Unidos, Crónica de una muerte anunciada*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 56 y ss.

²⁷ Figuras que, junto con otras, son analizadas por ARMENTA DEU, T., “Prueba ilícita y regla de exclusión: perspectiva subjetiva”, en *Derecho Probatorio...*, ob.cit., pp. 117 a 139.

²⁸ A las que, como elementos potencialmente vulneradores de los derechos fundamentales de los trabajadores, se refiere CANALES URQUIOLA, V., “Nueva tendencia de la prueba ilícita. Posibles implicaciones para las empresas y crítica de la doctrina del TC”, *Diario La Ley*, n.º 9649, Sección Doctrina, 9 de junio de 2020, pp. 1 a 11.

tener un beneficio económico. Tal apropiación constituía en Suiza un delito contra el secreto bancario, entre otros, por lo que se incoó un proceso penal contra aquel, solicitando la cooperación de las autoridades francesas, en donde residía Falciani, dando lugar al registro durante el cual la lista fue encontrada. Fruto de esta misma solicitud de cooperación, Falciani fue detenido en España, pero la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional rechazó la extradición interesada por Suiza, por auto de 8 de mayo de 2013.

En este contexto se dicta la STS 116/2017, de 23 de febrero²⁹, que marcó un punto de inflexión en nuestro ordenamiento al limitar la aplicación de la regla de exclusión a las actuaciones de los agentes públicos, por lo que aparentemente resultaba admisible una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales si procedía de un particular.

Hasta ese momento la cuestión se resolvía aplicando el principio de ponderación³⁰, es decir, atendiendo a la incidencia producida en el derecho fundamental vulnerado y su relación con el interés social existente en la persecución penal del delito que estuviera siendo juzgado. Principio que tenía, además, un encaje lógico dentro de la fundamentación para excluir el material probatorio del proceso, que residía esencialmente en el valor preferente que los derechos fundamentales tenían en nuestro ordenamiento jurídico. No deja de ser llamativo como, a pesar del giro que supuso la sentencia que nos ocupa, en su FJ. 7º, no abandona del todo este principio de ponderación cuando afirma que la vulneración de un derecho fundamental por un particular no puede provocar como obligada reacción, en todo caso, la declaración de ilicitud; aún cuando parece que el Tribunal lo diga pensando más en la eventual utilización de la prueba que en la protección del derecho fundamental.

Pero volvamos a la STS 116/2017, de 23 de febrero; la misma ratificaba la condena a un ciudadano español, por dos delitos contra la Hacienda Pública, como consecuencia de la no declaración de ciertas cuentas abiertas en la entidad financiera HSBC, en su sede suiza de Ginebra. Estos hechos fueron acreditados en virtud de la Lista Falciani. El documento fue aportado por la Agencia Tributaria, que, a su vez, lo obtuvo de los servicios tributarios de la República francesa, en el ámbito de la cooperación internacional del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio.

La postura del Tribunal, en relación con la exclusión de las pruebas ilícitas, obtenidas por particulares, se resumen en un párrafo en el que se indica: *pero más*

²⁹ Comentada, entre otros muchos, por MOSQUERA BLANCO, A.J., "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.º 3, 2018, pp. 1 a 34; o 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.º 8974, Sección Tribuna, 8 de mayo de 2017, pp. 1 a 15.

³⁰ Tal y como indica ZARAGOZA TEJADA, J.I., "La prueba ilícita obtenida por particulares. Hacia una implementación del *deterrent effect* en nuestro ordenamiento jurídico", en *Derecho Penal 2020*, (ORTEGA BURGOS, E. Dir.), Colección Actualidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 265 a 284.

allá del fecundo debate dogmático acerca de lo que se ha llamado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, 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.

El Tribunal Supremo acepta, por lo tanto, que las pruebas obtenidas por particulares con vulneración de derechos fundamentales sean incorporadas y valoradas en el proceso, cuando, en primer lugar, el particular por propia iniciativa desborde el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a fuentes de prueba, siempre que no lo haga en nombre del Estado. Y, en segundo lugar, se admite la validez de la prueba cuestionada por la ausencia de toda finalidad de preconstitución probatoria por parte del particular que proporciona las pruebas, puesto que, como afirma la sentencia, la exclusión de la 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, pero 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 ulterior.

Frente a la ya citada STS 116/2017, la STC 97/2019, de 16 de julio, desestima el recurso de amparo promovido por el condenado por aquella, pronunciándose sobre la licitud de la utilización de dicha prueba. El alto Tribunal viene, no sólo a avalar la sentencia del Tribunal Supremo, sino a dar otro paso más en la restricción de la regla de exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas.

El contenido de la STC 97/2019, de 16 de julio, ha originado una gran controversia, porque conlleva la no aplicación de la regla de exclusión a las pruebas “directas” obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, poniendo así fin a un largo camino que supone una “apuesta definitiva por una solución cuestionable”³¹.

Desde luego, no se trata ésta de una de esas “batallas en torno a la nada procesal”³², y únicamente pone de manifiesto, al igual que el resto de los intensos debates que se han dado y se siguen dando sobre la cuestión, la preocupación que siempre ha existido en torno a las pruebas ilícitas, su fundamento y delimitación, y lo que es aún más importante, la preocupación por su devenir en el futuro.

³¹ En palabras de GARCÍA VIDALES, C., “El fin de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal: entre la defensa de los derechos fundamentales y la advertencia a los poderes públicos”, *Noticias Jurídicas*, 24/04/2020, disponible en: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15095-el-fin-de-la-exclusion-de-la-prueba-ilicita-en-el-proceso-penal-entre-la-defensa-de-los-derechos-fundamentales-y-la-advertencia-a-los-poderes-publicos/>

³² Como las define RAMOS MÉNDEZ, F., *Elogio a la nada procesal*, Barcelona, Atelier, 2016, p. 71 y ss., al tratar el seudoprocesalismo, refiriéndose a aquellas que tiene mucha paja y poca sustancia.

En la polémica nos encontramos, por un lado, con un sector doctrinal que, defendiendo a ultranza el garantismo en la teoría de la prueba ilícita, ha visto en la citada línea jurisprudencial un ataque a las bases constitucionales de la regla de exclusión, la que afirman ha desaparecido, no sólo en relación con la llamada prueba refleja o derivada de la que vulneró el derecho fundamental, sino también de la propia prueba directa³³. Una de las voces más críticas con la sentencia ha sido la de ASECIO MELLADO; para quien el TC, “olvidando su papel protector de los derechos fundamentales (...) ocupando o suplantando la función del Poder legislativo, en esta sentencia, sin razón alguna que le obligara a hacerlo en tanto consideró que no se había producido ninguna violación de derechos fundamentales en el amparo suscitado, ha dado un paso adelante o, mejor dicho, atrás, de tal envergadura que bien podría decirse que ha puesto punto y final a la institución de la prueba ilícita, que ha decidió enterrarla, darla por finiquitada”³⁴. No se puede decir más claro.

Y, junto a aquellos, aquel otro sector doctrinal que estima que “el fundamento de la exclusión probatoria no puede estar exclusivamente en una garantía objetiva e implícita en el sistema de derechos fundamentales que lleve a negar valor probatorio a una información, como mero mecanismo sancionatorio o de protección de los mismos”³⁵.

Tampoco la doctrina es unánime en torno a la cuestión de si es o no conveniente excluir las pruebas obtenidas ilícitamente por los particulares de la aplicación de la regla de exclusión.

Hay quien tiene una clara postura y que, para restringir el automatismo de la regla de exclusión, propugna un tratamiento jurídico singularizado de aquellos casos en que la fuente de prueba no está conectada con los poderes públicos llamados al ejercicio del ius puniendi, porque cuando no existe una actuación ventajista por parte del Estado y la vulneración de los derechos fundamentales tuviese su origen en la actuación exclusiva de un particular, sin la voluntad clara de obtener una prueba, no hay obstáculo a la utilización del material probatorio así obtenido³⁶.

³³ Así, ASECIO MELLADO J.M., “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”, *Diario La Ley*, núm. 9499, Sección Tribuna, 16 de octubre de 2019, pp. 1 a 20; CORDÓN MORENO, F., “La degradación de la prueba ilícita en la reciente Jurisprudencia Constitucional”, en *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 19 de octubre de 2019, pp. 1 a 7; o PLANCHADELL GARGALLO, A., “El largo y tortuoso camino de la prueba prohibida en nuestra jurisprudencia”, en *Derecho Probatorio...*, ob.cit., pp.1645 a 1664.

³⁴ ASECIO MELLADO, J.M., “La prueba ilícita y su triste destino”, en *La Administración de Justicia en España y en América. José Martín Ostos (Liber Amicorum)*, (MARTÍN RIOS, P. y PÉREZ MARÍN, M.A. Dir.), Astigi, Sevilla, 2021 pp. 175 a 195.

³⁵ Entre otros, FUENTES SORIANO, O., “La prueba prohibida aportada por particulares, a la luz de las nuevas tecnologías”, en *Derecho Probatorio...*, ob.cit., pp. 715 a 743. También, pero basando su posición en la necesidad de salvaguardar el derecho a la prueba. PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita...”, trab.cit. en *La Ley Probática*, núm. 1, Tercer trimestre de 2020, pp. 1 a 12.

³⁶ En esta línea, además de los citados en la nota anterior, vid. MARCHENA GÓMEZ, M., “Prueba ilícita y reglas de exclusión: los matices introducidos por la Sala Penal del Tribunal Supremo en la Sentencia

Incluso aquel sector que aboga porque no se excluyan tales pruebas, reconoce que los particulares se encuentran sujetos a un menor control, (lo que no significa, por supuesto, que sea irrelevante como el particular obtiene la prueba), frente a las autoridades públicas encargadas o implicadas en la investigación de un delito que se encuentran en una diferente posición y que, en la mayoría de los casos, implican un mayor riesgo para los ciudadanos, por lo se les exige no sólo respetar los derechos fundamentales en su actuación, sino además cumplir los cauces establecidos para dicha actuación³⁷, y ello sin entrar a valorar si la prueba ilícitamente obtenida es de cargo o de descargo³⁸, puesto que en este último caso hay quien estima que deberían ser admitidas en todos los casos, a pesar de que con ello se relativizaría la defensa de los derechos fundamentales, que dependiendo de si fueran violados para obtener una prueba de cargo o de descargo tendrían una distinta protección.

3.2. El efecto disuasorio como fundamento de la exclusión de las pruebas ilícitas y la delimitación del elemento subjetivo de las mismas a las violaciones llevadas a cabo por la autoridad pública

Teniendo en cuenta el cambiante paradigma en donde se va a mover la prueba ilícita, mantengamos, de momento, la afirmación inicial de que la violación de un derecho fundamental en la obtención de una prueba por parte de un agente estatal o sujeto público provoca la exclusión de dicha prueba, siempre, claro está, que no exista una causa de excepción a dicha regla de exclusión.

Tendríamos que preguntarnos por qué surge la actual discusión en torno a la delimitación del elemento subjetivo de la prueba ilícita, y la respuesta, quizá, esté en una circunstancia que ya se ha mencionado, que no es otra que la absoluta falta de regulación de nuestro ordenamiento jurídico, más allá de la somera e insuficiente previsión del art. 11 LOPJ.

No cabe duda de que la Corte Suprema de los EEUU ha realizado la exposición más completa sobre la ilicitud de la prueba y puede que en ello esté el origen de que exista un elevado número de ordenamientos, entre ellos el nuestro, (en los que no hay un desarrollo legislativo o jurisprudencial de un esquema completo y analítico claro, aunque se resuelvan cuestiones puntuales), que han seguido tradicionalmente la estela del modelo estadounidense y el devenir del mismo, el cual al ser trasladado al resto de los sistemas americanos y a los continentales ha ocasionado, en muchos casos, una colisión con los principios tradicionales de

116/2007, de 23 de febrero (Caso Falciani)", en ASECIO MELLADO, J.M. (dir.), *Derecho Probatorio...*, ob. cit., pp. 1181 a 1199.

³⁷ PASTOR BORGONÓN, B., "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas", en *Justicia* 86, 1986, n.º II, pp. 337 a 368.

³⁸ Cuestión que sí es abordada, en relación con el Derecho Chileno, por CORREA ZACARÍAS, C., "La prueba ilícita de los particulares: de cargo y de descargo", *Política Criminal*, vol. 11, n.º 21, julio-2016, pp. 104 a 139.

dichos ordenamientos, provocando esa sensación de degradación de la teoría de la prueba ilícita en los países que no se han podido sustraer a la influencia del sistema estadounidense³⁹, y en los que el diseño institucional nada tiene que ver con aquel.

No voy a entrar a analizar la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre la prueba ilícita,⁴⁰ pero sí parece conveniente recordar que, a pesar de que en su nacimiento la regla de exclusión (exclusionary rule) aparecía vinculada a la IV⁴¹ y V⁴² Enmienda de la Constitución de EEUU, desde la década de los 70 del siglo XX, la Corte estadounidense ha establecido que el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es fundamentalmente evitar las conductas policiales ilícitas; la regla está prevista para prevenir, no para reparar⁴³; por tanto se circunscribe a la IV Enmienda y abandona la protección del debido proceso (tanto en su aspecto procesal como sustantivo).

Todo lo dicho hace que en un sistema como el de Estados Unidos⁴⁴, la condición de funcionario público del sujeto que provoca la exclusión de la prueba ilícita, resulta determinante porque el argumento esencial para justificar la regla de exclusión es, precisamente, el efecto disuasorio que se busca con dicha exclusión.

Este efecto, que llega hasta nosotros con el nombre de *deterrence effect*, no es más que uno de los fundamentos que justifican la exclusión de la prueba ilícita que siguiendo un criterio de la prevención, propugna la exclusión de la prueba ilícita como mecanismo de desincentivación a los agentes o funcionarios públicos para que adecuen su actuación al respeto de las garantías fundamentales.

La recepción de la regla en nuestro sistema ha exigido una reinterpretación “elástica y no estereotipada” del art. 11 de la LOPJ, es decir, “acomodada” a las

³⁹ Con los efectos perniciosos que la recepción de reglas tiene “cuando no se atiende debidamente a un diseño institucional del proceso penal”, como pone de manifiesto ARISTEGUI SPIKIN, J.P. “La prueba ilícita ante la bifurcación del Tribunal Penal”, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n.º 1, 2020, pp. 177 a 198.

⁴⁰ Pues sobre la misma existen extensos estudios; así, MIRANDA ESTRAMPES, M., *Prueba ilícita y Regla de...*, ob.cit.; EUSAMIO MAZAGATOS, E. y SÁNCHEZ RUBIO, A., *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte de Estados Unidos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016; o POUCHAIN RIBERO, P.M., *La regla de exclusión de la prueba...*, ob.cit., 2020.

⁴¹ La IV Enmienda, establece el derecho de los ciudadanos a que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, siendo inviolables, y sin que puedan expedirse al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”.

⁴² La V Enmienda incluye una cláusula sobre el debido proceso que establece que ninguna persona “será privada de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal”.

⁴³ Tal y como señaló la Corte Suprema en *Elkins v. U.S* (1973) y *U.S. v Janis* (1976). y nos recuerda DÍAZ CABIALE, J.A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Cívitas, Madrid, 2001, p. 76 y ss.

⁴⁴ Vid., en relación con el fundamento disuasorio de la Policía en dicho sistema, CUADRADO SALINAS, C., *Fundamento y efectos de la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 31 y ss.

circunstancias e intereses en juego en cada caso, tal y como literalmente señala la STS 116/2017, de 23 de febrero. Dado que el Tribunal es tan claro, sobra la crítica ácida y la opinión de quien suscribe sobre lo que debe entenderse por elasticidad interpretativa, que, según lo dicho, parece consistir en dar nuevo contenido a una disposición de carácter orgánico de nuestro ordenamiento por un órgano judicial, ¡todo un logro!

El Tribunal Supremo, en el FJ. 6º de la citada sentencia de 2017, establece, en la línea indicada: “la valoración de estas pruebas 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 sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito. 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. Ya sea acudiendo a las excepciones de buena fe, de la fuente independiente o de la conexión atenuada, de lo que se trata es de huir de un entendimiento que, por su rigidez, aparte la regla de exclusión de su verdadero fundamento. 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”.

Por lo tanto, hay que tener en cuenta que si el efecto disuasorio fuera el único fundamento de la exclusión de las pruebas ilícitas, cuando se consiguiera tal efecto por cualquier otra vía tendente a sancionar, restablecer o resarcir los efectos de la vulneración llevada a cabo, no cabe duda de que desaparecería, no sólo la razón de ser de la regla de exclusión, sino también las pruebas obtenidas ilícitamente, ya fuera una vulneración realizada por un particular o un poder del estado, esto sería indiferente, porque tendrían vía libre para ser planteadas y valoradas en el proceso penal. A pesar de lo dicho hay quien entiende⁴⁵ que las restricciones que conlleva el reconocimiento del efecto reflejo sobre el derecho a la prueba, y por tanto la extensión de la regla de exclusión, son excesivas, y que el efecto disuasorio para evitar tales conductas se puede conseguir a través de la responsabilidad civil, penal y administrativa que se derive de la actuación atentatoria contra los derechos fundamentales.

Frente a tal posicionamiento cabe preguntarse si la exigencia de esta responsabilidad es incompatible con el respeto y defensa de los derechos fundamentales⁴⁶ en el proceso penal, cuando es en el mismo en donde se obtienen o practi-

⁴⁵ Entre otros PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Justicia* 86, 1986, núm. II, pp. 337 a 368.

⁴⁶ Similar reflexión la de REYES ALVARADO, Y., “Prohibiciones de prueba en los sistemas de tendencia inquisitiva y adversarial”, en *Fundamentos de Derecho Probatorio en materia penal*, (AMBOS, K., y MALARINO, E. Eds), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 193 a 237, que en tono garantista afirma: “no niego la importancia de combatir el crimen para proteger a la sociedad; pero eso no puede llevar a que los ciudadanos queden desprotegidos frente a eventuales abusos de los funcionarios estatales (...) En el fondo,

can las pruebas vulneradoras de tales derechos. No parece que ambos criterios tengan que ser excluyentes y, desde luego, pueden coexistir.

Entendemos que esta solución, el acudir a otras vías que permitan la reparación de la vulneración, en un sistema como el estadounidense, en el que únicamente se busca el efecto disuasorio, puede tener su lógica, pero no así en uno como el nuestro en el que la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida no parece que esté pensando sólo en prevenir sino también en reparar y proteger las garantías fundamentales y el debido proceso. Qué situación más absurda se daría si un sujeto fuera condenado por una prueba ilícita que se hubiera utilizado en el proceso, únicamente porque dicho sujeto pudiera emprender una acción civil o de otra naturaleza contra el policía o funcionario que la ha practicado o porque el mismo haya sido ya sancionado disciplinariamente por ello; es como si todo valiera, aunque todo tuviera un precio. En este caso nos podríamos preguntar en que punto del camino se ha perdido todo interés por el derecho fundamental vulnerado o, al menos, el interés del proceso, como expresión del poder estatal, por el uso de la prueba irreprochable y la protección del derecho fundamental.

Esta cuestión parece especialmente alarmante en un ordenamiento como el español, en el que la regla de exclusión de la prueba ilícita no es sólo un derecho constitucional del agraviado sino también un remedio judicial para salvaguardar los derechos fundamentales y la propia sanidad del proceso, o el debido proceso, o así lo ha sido tradicionalmente.

Tampoco podemos olvidar que, esta perniciosa influencia del *deterrence effect*, que asocia exclusivamente la regla de exclusión de la prueba ilícita con la disuasión, ha llevado a un efecto práctico no deseado, limitando la aplicación de la propia regla de exclusión, al impedir sancionar aquella prueba de cargo obtenida ilícitamente por los particulares, con las consecuencias que ya se han indicado en líneas anteriores.

Además, se podría poner en tela de juicio que la exclusión de la prueba ilícita fuera una solución adecuada para conseguir el efecto disuasorio que podría alcanzarse mejor a través del empleo del propio derecho administrativo sancionador o del derecho penal, sin olvidar que el uso de medios ilícitos por la policía puede tener otros fines diferentes que la obtención de material o elementos probatorios para el proceso; por ejemplo, el funcionario o la policía podría utilizar métodos vulneradores de derechos fundamentales para dar con el paradero de una persona desaparecida que corra peligro⁴⁷. En estos casos, el que su actuación no pudiera utilizarse en el juicio para condenar a quien puso a dicha persona en

otorgar valor a ese tipo de pruebas equivale retornar a épocas antiguas en las que se asumía que todo valía en la investigación de los delitos, con tal de que éstos no quedaran en la impunidad.

⁴⁷ Tal y como pone de manifiesto CORREA ROBLES, C., "La función de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal y sus consecuencias: un estudio comparado", *Política Criminal*, vol.16, n.º 32 (diciembre 2021), pp. 644 a 677.

peligro no tendrá apenas influencia, o efecto disuasorio en la forma de actuar de dicha policía, que con su conducta ha conseguido el objetivo perseguido, poner a salvo a la persona que se encontraba en peligro.

Llegados a este punto, por lo tanto, tenemos que matizar la afirmación hecha al inicio del epígrafe, puesto que no toda prueba ilícitamente obtenida por un agente estatal o sujeto público va a ser excluida del proceso y de valoración por el órgano judicial, sino sólo y exclusivamente aquellas en las que el efecto disuasorio no se pueda conseguir por otras vías, tendentes a sancionar, restablecer o resarcir los efectos de la vulneración llevada a cabo. Es tanto como afirmar que la regla de exclusión queda como un recurso secundario para los casos en que no se consiga resolver el tema del efecto disuasorio a través de otros mecanismos, lo que no sería un problema si no fuera porque con ello se estará permitiendo, en esos casos, la utilización y valoración por el órgano judicial de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, lo que nos acerca peligrosamente al todo vale y no se ajusta al equilibrio que al inicio de estas líneas propugnábamos.

3.3. Excepciones a la regla de exclusión como mecanismo de blanqueo⁴⁸ de la prueba ilícita realizada por funcionario o autoridad pública

Hemos llegado a uno de los puntos más complejos de la teoría de la prueba ilícita y es, además, el que ha contribuido decisivamente a oscurecer los planteamientos iniciales de la misma, puesto que, a pesar de que inicialmente se establecía una regla general, casi sin excepciones, de la exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas y del efecto reflejo de las mismas, paulatinamente se han ido introduciendo una serie de excepciones a esta regla, lo que ha invertido el resultado, quedando casi como excepción la regla general y generalizándose la excepcionalidad.

Son tantas las excepciones que se han ido planteando⁴⁹ que la regla de exclusión y el efecto reflejo han quedado vacíos de contenido en muchos ordenamientos, especialmente, en el estadounidense⁵⁰. La teoría del árbol de los frutos envenenados es hoy un lejano recuerdo de lo que pudo ser, y como pequeña muestra se recogen aquí las palabras de nuestro Tribunal Supremo, que plasman claramente la esencia de lo dicho en relación con la existencia de las excepciones a la regla de exclusión: "... según la vieja teoría, el fruto del árbol envenenado está también envenenado. Pero cuando lo único envenenado es un fruto o una rama basta con cortar uno u otra, sin que sea lógico prescindir ni del árbol ni del resto de las

⁴⁸ Término tomado de ZARAGOZA TEJADA, J.I., "La prueba ilícita obtenida por particulares. Hacia una implementación del *deterrent effect* en nuestro ordenamiento jurídico", en *Derecho Penal...*, ob.cit., pp. 265 a 284.

⁴⁹ Que PLANCHADELL GARGALLO, A., "El largo y tortuoso camino de la prueba prohibida en nuestra jurisprudencia", en *Derecho Probatorio...*, ob.cit., pp.1645 a 1664, incluye un epígrafe en su trabajo denominado "La quiebra del garantismo: la cascada de excepciones".

⁵⁰ Se puede consultar la evolución que ha sufrido la regla de exclusión en Estados Unidos en el interesante trabajo de POUCHAIN RIBERO, P.M., *La regla de exclusión de la prueba...*, ob.cit., 2020.

ramas sanas como parecen reclamar los recurrentes... ”⁵¹. Frase que posiblemente abonó el campo en el que podemos encontrar afirmaciones como que “la jurisprudencia española no tardó mucho tiempo en darse cuenta que en la práctica la adopción de la doctrina refleja dejaba en libertad a grandes criminales autores de crímenes horrendos, y empezó a buscar la manera de que ello no sucediera”⁵².

Y en esta búsqueda, tras la estela de la pauta marcada por la Corte Suprema de EEUU, nos encontramos con las excepciones a la regla de exclusión que han supuesto una severa restricción y un serio varapalo a la aplicación de dicha regla, pudiendo hablar de una verdadera involución en la teoría de la prueba ilícita y de la defensa de los derechos fundamentales en el proceso penal.

No vamos a analizar las mencionadas excepciones puesto que entendemos que cada una de ellas es susceptible de un amplio estudio independiente, por lo que carecería aquí de virtualidad intentar referirnos a su contenido, aunque al menos citaremos algunas, por la repercusión que pueden tener en la delimitación del elemento subjetivo de la prueba ilícita.

La excepción de la prueba jurídicamente independiente, que acompañó en su nacimiento a la teoría de los frutos del árbol envenado, va a suponer que la prueba refleja o derivada podía ser admitida y valorada si era totalmente independiente de la vulneración inicial. En realidad, no estaríamos ante una verdadera excepción, sino más bien ante “una consecuencia de la propia delimitación del alcance de la regla de exclusión”⁵³.

Por su parte la excepción del descubrimiento inevitable, plantea el eterno problema de tener que acudir, a través de un “curso causal hipotético, que no es más que una ficción de hechos que no ha acontecido, ni acontecerá en el mundo real”⁵⁴, para determinar si antes o después se habría llegado a la obtención de dicha prueba de forma regular. No son más que simples conjeturas o hipótesis insuficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, para lo que son necesarios datos que resulten plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita⁵⁵.

Y otras tantas excepciones han venido a acompañar a las anteriores: la excepción del nexo causal atenuado, la del hallazgo casual, o la excepción de confesión involuntaria del inculpado, derivadas muchas de ellas de la llamada doctrina de la conexión de antijuridicidad española⁵⁶. Según esta última, para que se pueda ex-

⁵¹ STS 583/2017, de 19 de julio.

⁵² Tal y como lo describe GÓMEZ COLOMER, J.L., “Prueba admisible y prueba prohibida: cambios en el garantismo judicial motivados por la lucha contra el crimen organizado en la realidad jurisprudencial española actual”, *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.º 22, 2015, pp. 3 a 48.

⁵³ Vid. MIRANDA ESTAMPRES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento...*, ob.cit., pp. 122 a 126.

⁵⁴ Como indica GUARIGLIA, F., “Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 26, 1994, pp. 49 a 60.

⁵⁵ De nuevo MIRANDA ESTAMPRES, M., en su obra citada: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento...*, pp. 127 a 129

⁵⁶ Sobre la misma, URBANO CASTRILLO, E., -De, “Criterios dominantes sobre la desconexión de la antijuridicidad: en especial, la confesión del acusado”, *La Ley Penal*, núm. 58, Sección Estudios, marzo, 2009, pp. 1 a 19.

tender el efecto de la prueba ilícita a la derivada se exige que entre ambas exista, además de una conexión causal, una conexión de antijuridicidad, es decir, que las dos pruebas sean ilegítimas inconstitucionalmente⁵⁷. La apreciación de la antijuridicidad dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental y del resultado de la ilicitud, y tal apreciación se lleva a cabo para comprobar si, desde el punto de vista interno, se transmite la inconstitucionalidad de la prueba originaria a la derivada de aquella y, desde el punto de vista externo, para apreciar las necesidades esenciales de tutela del derecho vulnerado, entrando en la valoración del efecto disuasorio⁵⁸.

Esta doctrina de la conexión de antijuridicidad, supuso, como así se puso de manifiesto desde los primeros momentos, un duro golpe, cuando no la práctica desaparición⁵⁹ de la aplicación del efecto reflejo de la prueba ilícita y, en palabras de ZARAGOZA TEJADA, “es hoy objeto de una constante aplicación por los órganos jurisdiccionales penales que, precisamente, se amparan en la misma para blanquear determinados medios de prueba que aunque no siendo originariamente ilícitos, derivan de otros elementos fácticos obtenidos mediante violación de derechos fundamentales”⁶⁰; aunque no falta quien entiende que gracias a dicha teoría se ha conseguido una solución justa y “la armonización entre la defensa del valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, denominado Justicia, y el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías”⁶¹.

Nos encontramos con una última vuelta de tuerca en algunas excepciones que funcionan, en la práctica, neutralizando la aplicación de la propia regla de exclusión, “amparando la utilización en el proceso penal de pruebas que, en realidad, y eso nadie lo discute, fueron obtenidas con vulneración de derechos fundamentales”⁶², como es el caso de la excepción de la buena fe en la actuación policial.

Llegados a este punto, y teniendo que convivir con estas y otras posibles excepciones que en un futuro puedan ser elaboradas por la jurisprudencia, cada día se hace más necesario que se determine legislativamente, con claridad meridiana,

⁵⁷ Vid. entre otros, PLANCHADELL GARGALLO, A., “El largo y tortuoso camino de la prueba prohibida en nuestra jurisprudencia”, en *Derecho Probatorio...*, ob.cit., pp.1645 a 1664, para quien esta construcción artificiosa creada por la doctrina del Tribunal Constitucional supone una ampliación desmesurada de las excepciones, dado que en los términos en que ha sido formulada, las posibilidades de hallar casos en los que no existen conexiones son teóricamente muchas.

⁵⁸ Como estableció la STC 81/1998, de 2 de abril.

⁵⁹ Así, GÓMEZ COLOMER, J.L., “Prueba admisible y prueba prohibida: cambios en el garantismo judicial motivados por la lucha contra el crimen organizado en la realidad jurisprudencial española actual”, *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.º 22, 2015, pp. 3 a 48; MIRANDA ESTAMPRES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento...*, ob.cit., p. 129.

⁶⁰ ZARAGOZA TEJADA, J.L., “La prueba ilícita obtenida por particulares. Hacia una implementación del *deterrent effect* en nuestro ordenamiento jurídico”, en *Derecho Penal...*, ob.cit., pp. 265 a 284.

⁶¹ Vid. ESPÍN LÓPEZ, I., “La prueba ilícita y su efecto reflejo. Una toma de posición en favor de la doctrina de la conexión de antijuridicidad”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 63 (julio-septiembre), 2021, pp. 19 a 62.

⁶² Cfr. MIRANDA, ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Mayo, 2010, pp. 131 a. 151.

cuales son las excepciones a la regla de exclusión admisibles, conforme al sistema en el que vayan a ser integradas, huyendo en lo posible del uso de conceptos jurídicos indeterminados o de la introducción de elementos subjetivos, de difícil determinación y de más difícil control. Es imprescindible una profunda reforma que acabe con la orfandad normativa, generalizada en la mayor parte de los países, en relación con la regulación de dichas excepciones a la regla de exclusión.

De hecho, el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, no augura que la situación vaya a mejorar. En su art. 21, bajo el título de “Exclusión de la prueba ilícita”, únicamente se recoge, en su apartado primero, la doctrina jurisprudencial de la conexión de antijuridicidad, sin que se haga mención a otras causas de excepción de la regla de exclusión, lo que, no significa que los tribunales sigan aplicándolas, como han hecho hasta ahora. Quienes han analizado el precepto ya adelant⁶³ que se trata de la regulación más restrictiva de las previstas hasta ahora, en cuanto a la exclusión de la prueba ilícita, en la línea de la STC 97/2019 en la que se basa.

El art. 21.2 del Anteproyecto contiene la única exclusión absoluta prevista según la que se impedirá la admisión de las pruebas que, directa o indirectamente, procedan de actos constitutivos de torturas, tratos inhumanos o degradantes. Si se llegase a aprobar en algún momento esta, o cualquier otra propuesta de reforma, lo que, con todos los respetos dudo mucho porque, como decía la letra de la canción, son malos tiempos para la lírica, habrá que analizar el devenir de dicha regla, aparentemente tan clara como la inicialmente prevista en el 11.1 de la LOPJ, pero que puede seguir su mismo camino.

4. CONCLUSIÓN

Para concluir, y a modo de resumen, deberíamos afirmar, que hoy por hoy, el elemento subjetivo de la prueba ilícita no es determinante para aplicar la regla de exclusión de aquella, pero por motivos diferentes a los que podríamos deducir del propio art. 11.1 LOPJ, que no distingue entre particulares y agentes públicos, sino por la extensión que ha ido modulando la jurisprudencia según las “necesidades” del proceso.

Está claro que quedan fuera de la regla de exclusión, y por lo tanto se podrán utilizar en el proceso, las pruebas obtenidas por un particular que directa o indirectamente vulneren un derecho fundamental, salvo cuando específicamente se aprecie una intencionalidad de preconstitución de la prueba. También podrán ser utilizadas aquellas pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales por una autoridad o funcionario público, cuando el efecto disuasorio

⁶³ Vid. GÓMEZ AMIGO, L., “Tratamiento procesal de la prueba ilícita. En particular en el Anteproyecto de LECrim de 2020”, en *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, (JIMÉNEZ CONDE, F., y FUENTES SORIANO, O., dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 979 a1013.

buscado por la regla de exclusión se pueda obtener por otras vías, tendentes a sancionar, restablecer o resarcir los efectos de la vulneración llevada a cabo. Y de la misma manera, aquellas pruebas en las que, indiscutiblemente, se haya producido una vulneración de derechos fundamentales, pero a las que se pueda aplicar la excepción de la buena fe en la actuación policial, también podrán ser utilizadas en el proceso.

Ante semejante panorama, quizá sea el momento de considerar el establecimiento de un reconocimiento constitucional a la exclusión de las pruebas ilícitas, al que se ha de unir una previsión de la legislación ordinaria, con una regulación que no sólo prevea dicha exclusión sin más, como hasta ahora, lo que se ha demostrado insatisfactorio, sino que indique claramente cuáles son las excepciones a dicha regla, el fundamento de la exclusión, que no puede ser solamente el efecto disuasorio, y, por supuesto, el tratamiento procesal completo de la ilicitud probatoria. Porque, aunque pudiera parecer que la ausencia de un modelo de “disciplina legal cerrado”⁶⁴ favorece una tendencia garantista, al estar los tribunales menos encorsetados por una posición predeterminada, la experiencia de las últimas décadas, en las que hemos sido espectadores de una preocupante e incierta modulación de la prueba ilícita, no nos da serenidad de ánimo porque parece que vayamos hacia una deriva contraria y menos garantista.

No cabe duda de que es necesaria una adaptación a las nuevas tecnologías y al nuevo paradigma de las comunicaciones que nos rodea, pero ello no puede hacerse a costa de que la prueba ilícitamente obtenida se abra paso en el proceso sin límite ni coste alguno. Lo ideal sería ir hacia un modelo de prueba ilícita ajeno y alejado de los vaivenes del tiempo y el espacio y apartado también del uso de las pruebas ilícitas como una opción política; un modelo libre del sometimiento a los dictados de la sociedad⁶⁵, y que responda, en cualquier caso, a una exigencia constitucional.

Quizá la degeneración del proceso penal no sea más que otro de los síntomas de una civilización en crisis⁶⁶, pero, precisamente por ello, parece que ahora más que nunca se hace necesario volver los ojos de nuevo a la teoría de la prueba ilícita, reconstruirla adaptándola a los tiempos y buscar un nuevo equilibrio, roto desde hace tiempo en pro de las posiciones menos garantistas, que nos aproxima irremediabilmente al desmantelamiento de aquella teoría. Ello no va a suponer, con toda seguridad, retornar a los años ochenta del siglo XX, pero no hemos de olvidar que la verdad no se puede alcanzar a cualquier precio y que no podemos

⁶⁴ Como lo denomina HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “El juicio oral. La Prueba”, en *Hacia un nuevo proceso penal* (CARMONA RUANO, M. dir.), Manuales de Formación Continuada, n.º 32, 2005, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 351 a 418.

⁶⁵ Tal y como nos recordaba hace ya tres décadas, DÍAZ CABIALE, J.A., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Premio Poder Judicial 1992, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial - 20, Madrid, 1991, p. 118.

⁶⁶ Parafraseando a CARNELUTTI, F., *Las Miserias del Proceso Penal*, Reimpresión de la 2ª ed., Bogotá - Colombia, Editorial Temis, 2015, p. 50.

aminorar la garantía que reciban los derechos fundamentales o el debido proceso por una búsqueda sin obstáculos de la condena de un sujeto que sigue siendo inocente hasta que se le condene en una sentencia, conforme a las pruebas lícitas llevadas a cabo en un juicio oral.