



DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

“LA PRUEBA ILÍCITA Y LA REGLA DE EXCLUSIÓN  
PROBATORIA:

*LA ESPECIAL INCIDENCIA DEL CASO FALCIANI”.*

**TRABAJO FIN DE GRADO**  
**DOBLE GRADO EN DERECHO Y GESTIÓN Y**  
**ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

AUTOR: Marco Serena Hidalgo.

TUTOR: Prof. D. Ángel Tinoco Pastrana.

FECHA: junio de 2024.

*“Más santa cosa era de quitar al hombre culpado contra quien  
no puede hallar al juzgador prueba cierta y manifiesta,  
que dar juicio contra el que es sin culpa, manguer<sup>1</sup> hallasen  
con señales alguna sospecha contra él”*

Las Siete Partidas, Alfonso X el Sabio,  
Tercera partida, Título XIV, Ley 12.

---

<sup>1</sup> Arcaísmo, “Aunque”.

## ÍNDICE.

ÍNDICE.....	3
1. Abreviaturas.....	4
2. Resumen.....	5
3. Objetivos y metodología.....	5
4. Introducción.....	6
5. El nuevo concepto de prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales tras el caso Falciani.....	7
6. Reglas de exclusión probatoria.....	21
7. Excepciones a la regla de exclusión probatoria y su evolución tras el caso falciani.....	23
7.a. Excepción de la prueba jurídicamente independiente.....	24
7.b. Excepción del descubrimiento inevitable.....	26
7.c. Excepción del hallazgo causal.....	27
7.d. La excepción de la conexión de antijuricidad.....	28
7.e. La excepción de confesión voluntaria del inculpado.....	31
7.f. Excepción de la buena fe en la actuación policial.....	34
8. Conclusiones.....	36
9. Bibliografía.....	38
9.a. Legislación.....	40
9.b. Jurisprudencia.....	40

1. ABREVIATURAS.

- TC: Tribunal Constitucional.
- TS: Tribunal Supremo.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- LECrim: Ley de enjuiciamiento Criminal.
- CE: Constitución española.
- FJ: Fundamento Jurídico.
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

## 2. RESUMEN

Uno de los objetivos pretendidos por el Derecho Penal es la búsqueda de la verdad material de unos hechos a priori delictivos que permitan sancionar al que presuntamente los ha cometido. No obstante, nos señala ASENCIO MELLADO que no es posible la averiguación de la verdad a cualquier precio, es decir, que no toda investigación es lícita por el mero hecho de conseguir la satisfacción de la paz social<sup>2</sup>.

A pesar de que existe una pugna constante en la sociedad, que se traslada al derecho penal y que sitúa de un lado el interés por el descubrimiento de la verdad y de otro lado la protección en todo caso de toda persona contra la que se dirija un proceso penal, es necesario que operen una serie de límites a la hora de la búsqueda de la verdad, que desincentiven tanto a los operadores privados como a los órganos estatales de llevar a cabo actos ilícitos con esa excusa aparente de actuar en interés de la verdad y de la víctima.

Es la prueba ilícita el fenómeno con el que se alcanza el equilibrio entre estos intereses contrapuestos y no se hace de otra forma sino colocando los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española como barrera infranqueable al hallazgo de la verdad, ya que existen otros intereses con igual necesidad de protección como el derecho a la defensa, a la presunción de inocencia o a un proceso con todas las garantías. Esta posición preponderante de los derechos fundamentales se consigue desvirtuando la eficacia procesal de aquellos medios probatorios que conculquen derechos fundamentales. En este sentido, afirma ASENCIO MELLADO que el material resultante de una diligencia de prueba lograda previa conculcación de un derecho fundamental tiene vedado el acceso al proceso<sup>3</sup>.

No obstante, este límite que suponen los derechos fundamentales no es rotundo o absoluto, sino que ha de dotarse de cierta permeabilidad, puesto que hay situaciones en las que negar la eficacia probatoria de algunos medios considerados ilícitos a priori resultaría excesivo y perjudicial para el propio fin del proceso, impidiendo la obtención de la verdad cuando el medio probatorio no es, en cierto modo, ilícito por completo. Nos referimos con esto a las excepciones respecto a la eficacia de la prueba ilícita; excepciones que son de construcción jurisprudencial y que, como veremos, han sufrido una constante evolución en consonancia con la evolución de la propia prueba ilícita.

En definitiva, el afán por realizar el fin principal del derecho penal demostrando la culpabilidad de un sujeto no nos puede llevar a caer en la contradicción de cometer un delito para obtener la prueba de otro; y esta, fundamentalmente, es la cuestión en torno a la que se moverá el análisis que a continuación realizaremos.

## 3. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.

El objeto último y principal de este trabajo es el análisis exhaustivo y detallado de la ilicitud probatoria, fundamentalmente desde el prisma del panorama nacional en el momento actual. Para ello, el trabajo se ha basado, en una primera instancia, en un examen extenso de materiales doctrinales y jurisprudenciales para conocer el fenómeno de la prueba en sí mismo y, a partir de este conocimiento, dirigir la búsqueda a la ilicitud

---

<sup>2</sup> ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 155.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p.162.

de la prueba consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales en el proceso penal.

En este sentido, se ha tenido en cuenta el desarrollo legal que ha tenido este fenómeno jurídico en el panorama español hasta llegar a un estadio actual, del que he realizado el pormenorizado análisis de todos sus extremos, teniendo muy en cuenta el análisis de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (en adelante TC) y Tribunal Supremo (en adelante TS), prestando especial atención al caso Falciani y los cambios que introdujo en el panorama jurisprudencial español.

Finalmente, se ha perseguido el análisis de la eficacia que desprende la ilicitud de los medios probatorios tanto a través de la regla de exclusión de efectos como de las excepciones que desvirtúan en cierto sentido la prueba ilícita y el efecto que también ha producido sobre estas excepciones el caso Falciani.

#### 4. INTRODUCCIÓN.

Según GÓMEZ COLOMER, el proceso penal español se erige como garantía principal de la seguridad pública, así como instrumento de lucha contra la criminalidad<sup>4</sup>. De entre los distintos planos de este proceso penal, la actividad probatoria se proclama como uno de los pilares fundamentales del mismo y no podía comenzarse este trabajo sin hacer referencia a tal importancia. En este sentido, BUENDÍA RUBIO señala que la prueba surge como una de las claves que permite dar forma al proceso y al entramado jurídico puesto que trata de atribuir certeza a una serie de circunstancias con el fin último de lograr la realización propia del objetivo de la justicia: la protección de la persona ante la vulneración de sus derechos e intereses legítimos<sup>5</sup>.

No obstante, si sirve como elemento de persecución de los delitos, ha de servir también como salvaguarda de los derechos de la persona que se ve sometida al proceso<sup>6</sup> y es en esta dualidad donde puede ponerse de manifiesto una preocupación que no solo acucia al mundo del derecho, sino a la sociedad civil en general, y son aquellos casos en los que a pesar de existir pruebas inculporatorias de algún delincuente, este queda en libertad por que las pruebas han sido obtenidas de un modo, digamos, irregular<sup>7</sup>: la sociedad siempre exige un inculporado. En definitiva, se trata de la preocupación de que las propias normas vulneren una serie de derechos utilizando como pretexto la protección de otros derechos, cuando son tanto estos como aquellos derechos de orden supremo o fundamental. Es aquí donde se nos muestra por primera vez nuestro fenómeno de estudio, la prueba ilícita o prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales.

La prueba ilícita, como dice MIJANGOS, se erige como “clave de bóveda del sistema de protección de los derechos fundamentales en el proceso penal, y una de sus principales

---

<sup>4</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Prueba y Proceso penal: análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 75.

<sup>5</sup> BUENDÍA RUBIO, María del Carmen, “La prueba ilícita penal: el artículo 11.1 de la ley orgánica del poder judicial. Provisión de la prueba violentando derechos o libertades fundamentales”, DRETS. Revista valenciana de reformas democráticas, n.º 2, 2016, p. 201.

<sup>6</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Prueba y Proceso penal*, ..., *op.cit.* p. 75

<sup>7</sup> MIJANGOS, Javier: “Prueba ilícita”, *Eunomía*, Revista en cultura de la legalidad, n.º 5, septiembre, 2013 – febrero 2014, p. 223.

fuentes de legitimidad”<sup>8</sup>. En efecto, como se ha señalado, una de las claves legitimadoras del proceso penal es la protección de los derechos que rodean a la figura del imputado en la cultura jurídica occidental y que le otorgan un estatus que comporta una serie de garantías<sup>9</sup>; no hablamos de otra cosa si no de los propios derechos fundamentales que proclaman las normas supremas de los ordenamientos. La protección de este estatus supremo o constitucional se hace a través de una serie de mandatos<sup>10</sup> y, como anteriormente ya se mencionó, de prohibiciones o límites con el efecto de disuadir a los operadores públicos que hagan efectivas las garantías del imputado, so pena de ver frustrados sus intereses investigadores y de dar cuenta oportunamente de las irresponsabilidades en las que se hubiesen podido incurrir<sup>11</sup>

Estas prohibiciones, como acabamos de adelantar, operan *erga omnes*, es decir, no solo vinculan a los ciudadanos concretos, sino que también y más principalmente están dirigidas a limitar las actuaciones de las propias instituciones públicas. Especialmente, estos límites operan en la figura del juzgador y de los cuerpos policiales (en su labor investigadora, como más adelante analizaremos respecto al conocido como *deterrent effect*) puesto que, a pesar de que en nuestro ordenamiento se recoja el principio de libertad probatoria<sup>12</sup>, no quiere decir esto que la convicción del juzgador deba lograrse a través de cualquier medio probatorio, sino que en el momento de la valoración de los medios, el órgano juzgador ha de excluir las pruebas ilícitamente obtenidas ya que como señala GÓMEZ COLOMER “no puede utilizarse válidamente en el proceso penal un medio probatorio que se haya formado contraviniendo la ley; no se puede lograr la verdad a cualquier precio, tampoco para lograr la sanción de los delitos, y desde luego los poderes públicos no pueden aprovechar una fuente de prueba que no se haya obtenido cumpliendo la ley”<sup>13</sup>.

Será, por tanto, la exclusión de la validez de aquellos medios probatorios obtenidos con vulneración de derechos fundamentales la idea fundamental en torno a la que orbite este trabajo.

## 5. EL NUEVO CONCEPTO DE PRUEBA OBTENIDA CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES TRAS EL CASO FALCIANI.

La complejidad del fenómeno que estamos sometiendo a estudio, según refiere MIRANDA ESTRAMPES (y en consonancia con la mayoría de autores) se pone de manifiesto, en primer lugar, con la extensa variedad de denominaciones que emplea la doctrina y la jurisprudencia para referirse a un fenómeno análogo. Así, diversos autores

---

<sup>8</sup> MOSQUERA BLANCO, Augusto Javier, “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, p. 4.

<sup>9</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Prueba y Proceso penal, ..., op.cit.* p. 77.

<sup>10</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y BARONA VILAR, Silvia, *Proceso Penal. Derecho Procesal III*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 30.

<sup>11</sup> ESPÍN LÓPEZ, Isidoro, *La prueba ilícita y su efecto reflejo. Una toma de posición en favor de la doctrina de la conexión de antijuricidad*, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 63, 202, pp. 19 – 62.

<sup>12</sup> “Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél oblige a tener en cuenta”. Artículo 741.1 LECrim.

<sup>13</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Prueba y Proceso penal..., op.cit.* p. 103.

y corrientes en distintas épocas han empleado muy diversos términos: “prueba prohibida”, “prueba ilegítimamente obtenida”, “prueba inconstitucional”, “prueba nula”, “prueba viciada”, ...<sup>14</sup> generando una importante falta de seguridad jurídica. No obstante, sobre todas estas denominaciones predomina hoy en día el de “prueba ilícita”, principalmente, por abarcar esta un contenido más amplio al entrar en contacto con el concepto de derechos fundamentales, como valores supremos de los ordenamientos jurídicos<sup>15</sup>.

En el mismo sentido, señala BUENDÍA RUBIO que el concepto de prueba ilícita es oscuro e incierto, promovido tanto por las propias vicisitudes de la cuestión penal como por el auge de una sociedad moderna, constituyéndose como una de las pocas cuestiones capaz de generar una controversia similar tanto en el mundo jurídico como en el periodístico o social<sup>16</sup>. Respecto a lo jurídico, en el propio proceso penal juega siempre un papel importante la tensión latente entre el respeto de la dignidad y los valores más íntimamente unidos a la personalidad, por un lado, y los derechos (principalmente el de defensa) que asisten a los sujetos en los cauces procesales, por otro; que desarrollaremos en adelante. El factor social resulta también muy influyente, en tanto que el escándalo mediático promovido por los medios de comunicación provoca la identificación de la eficacia del propio proceso penal con la determinación de un infractor que sostenga incondicionalmente la pesada carga de la culpa<sup>17</sup>, cuando realmente va mucho más allá. Todo ello genera un desequilibrio que pide, por un lado, la inculpación a toda costa de un sujeto y con cualquier medio probatorio existente, y de otro, la ponderación de derechos fundamentales con igual validez de protección. Esto todo debido a que, a pesar de que los derechos fundamentales surjan como componentes estructurales básicos del ordenamiento y el sistema democrático, no son ilimitados ni absolutos, sino que, deben respetar al resto del ordenamiento y, fundamentalmente, deben respetarse a sí mismos. Este “autorrespeto” de los derechos fundamentales opera como límite al derecho constitucional de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española y debe ajustarse a unos determinados criterios de legitimidad que, si se conculcan vulnerando alguno de estos derechos básicos, provocarán que el derecho de defensa, individualizado en un medio probatorio concreto, devenga ineficaz<sup>18</sup>.

Dada la problemática de definir qué es la prueba ilícita, diversas y muy distintas corrientes han intentado explicar este fenómeno desde sus albores. Un sector doctrinal defiende un concepto amplio de la prueba ilícita, en el que los criterios delimitadores del concepto sean livianos y permitan la facilidad de desvirtuar la licitud de las pruebas. En

---

<sup>14</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, Revista Catalana de Seguretat Pública, n.º 22, 2010, p. 131.

<sup>15</sup> BUENDÍA RUBIO, María del Carmen, “La prueba ilícita penal...”, *op.cit.* p. 203.

<sup>16</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Pablo, “La relativización de la prueba ilícita en el proceso penal español”. Anales de derecho, n.º 41, 2024, p. 2.

<sup>17</sup> ASENSIO MELLADO, José María, “La prueba ilícita y su triste destino”, en *La administración de justicia en España y en América* MARTÍN RÍOS, Pilar y PÉREZ MARÍN, María Ángeles, Astigi, Sevilla, 2021, pp. 177-178.

<sup>18</sup> GÓMEZ AMIGO, Luis, “Tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso penal: del régimen actual al anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020”, Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas, n.º 4, 2021, pp. 203-205.

esta corriente, autores como DEVIS ECHANDÍA o CONSO, hacen mera referencia a criterios tan escasos como la “norma jurídica” o las “buenas costumbres”, catalogando como ilícitas cualesquiera medios probatorios que traten de ir en contra del concepto genérico de norma procesal, refiriéndose más propiamente hablando, al concepto de “prueba irregularmente obtenida que al propio concepto de prueba ilícita<sup>19</sup>. No obstante, esta facilidad de exclusión, atenta contra el justo equilibrio que debe alcanzarse entre los intereses en conflicto: el interés individual del imputado y el interés social de represión y castigo.

Frente a ellas, y salvando la tentación de dejar sin eficacia a la prueba, surgen las concepciones restrictivas, más escépticas en cuanto a su calificación y que hacen depender la ilicitud de un concepto, quizá más abstracto, pero ciertamente más fortalecido como es el de “derecho fundamental”. La mayor parte de nuestra doctrina es favorable a esta tesis que circunscribe la prueba ilícita a aquellos casos en los que la obtención de esta supone la vulneración de alguno de los derechos tipificados como fundamentales por la norma suprema<sup>20</sup> de nuestro ordenamiento, ya que los límites que operen respecto al derecho a la prueba (consagrado constitucionalmente) tienen que tener igualmente un carácter constitucional, siendo, según MIRANDA ESTRAMPES, únicamente calificables como ilícitos aquellos medios que vulneren derechos con igual o superior protección constitucional<sup>21</sup>.

Por ende, se puede afirmar que la institución de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento tiene un origen constitucional, no solo porque el punto de referencia (los derechos fundamentales) se halle comprendido en la Constitución sino, en suma, porque la primera piedra de este edificio la sentó el TC en su Sentencia 114/1984 de 29 de noviembre. No obstante, como se desprende de la opinión de ARMENTA DEU, este origen constitucional es distinto al de otros países en el derecho comparado como, por ejemplo, nuestro vecino Portugal o algunos países de Latinoamérica, como Brasil o Colombia que, no es que marquen el criterio de referencia, sino que incluyen directamente en sus normas supremas el régimen de la prueba ilícita<sup>22</sup>.

En la citada sentencia, pionera en la materia, el TC sentó una tesis rompedora en la que reconocía el origen constitucional de la ilicitud probatoria cuando la utilización de los medios de prueba generase la colisión entre el derecho al proceso con todas las garantías (24.3 CE) y el derecho de igualdad de las partes (14 CE), conectando directamente con el carácter fundamental e inviolable de estos derechos<sup>23</sup>. El TC, marcando un hito, reconoció la inadmisibilidad de los medios probatorios obtenidos ilícitamente y derivaba su razonamiento de la posición preferente e inviolable de los

---

<sup>19</sup> BUENDÍA RUBIO, María del Carmen, “La prueba ilícita penal...”, *op.cit.* p. 204.

<sup>20</sup> Constitución Española. Arts. 14-29.

<sup>21</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. 2 edición*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2008, p. 22.

<sup>22</sup> ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita: un estudio comparado*, Segunda edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2011, pp. 38-42.

<sup>23</sup> PLANCHADELL GARGALLO, Andrea y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: “Prueba prohibida” en *La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal*. González Cano, María Isabel y Romero Pradas, María Isabel. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 373.

derechos fundamentales. No obstante, como bien señaló en el Fundamento Jurídico (en adelante FJ) 4 y en el mismo sentido que MIRANDA ESTRAMPES, no pretendía agotar el tema y hacerlo extensible a todos los supuestos<sup>24</sup>.

Tan hondo caló esta nueva doctrina en el ámbito jurídico, que provocó una recepción normativa inmediata: menos de un año después de la sentencia se recogió en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) la ineficacia de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”<sup>25</sup>. Lo que había hecho el legislador español con este precepto, y en consonancia con lo que ya había sentado el constitucional, era apoyar la corriente expansiva negando, como bien dicen PLANCHADELL GARGALLO y GÓMEZ COLOMER, la efectividad procesal de las normas que hubiesen sido obtenidas directa o indirectamente con vulneración de derechos fundamentales, sin importar ni el quién, ni el cuándo, ni el medio probatorio: si la prueba era ilícita, se excluye<sup>26</sup>. No obstante, si bien había sentado este pilar, como menciona JARA BUSTOS, esta plasmación normativa tiene un claro objetivo: la inadmisión probatoria vulneradora de derechos fundamentales, pero no ha significado ello una rigidez absoluta, sino que abrió una puerta nuevas líneas jurisprudenciales, que incluso han llegado a aportar un listado de excepciones a la regla de exclusión<sup>27</sup>.

Una vez situado el origen y la problemática del fenómeno de la ilicitud probatoria y tomando referencias de las distintas fuentes que definen este fenómeno, podríamos tomar como concepto amplio y de primera referencia la definición de GIMENO SENDRA, que considera la prueba ilícita como aquella que pudiera obtenerse mediante vulneración de derechos constitucionales, con violación de derechos fundamentales o a través de medios que la Constitución o las normas prohíben o expresamente no autorizan<sup>28</sup>.

Si bien, precisando la terminología y siguiendo a MIRANDA ESTRAMPES, advertimos que en la calificación de los medios probatorios como ilícitos, aparecen diversos criterios de referencia respecto de los que tratar nuestro objeto de estudio: criterio temporal, práctica de la prueba, método.... De entre los cuales, se nos presenta personalmente como revelador el criterio de la causa, que es el que verdaderamente nos da la respuesta a la pregunta de por qué una prueba ha de ser considerada ilícita.

Atendiendo a este criterio de la causa la cual genera la ilicitud y continuando en este concepto amplio de prueba ilícita, los medios probatorios pueden resultar ineficaces por tres motivos principales.

---

<sup>24</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento...*, *op.cit.* p. 24.

<sup>25</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

<sup>26</sup> PLANCHADELL GARGALLO, Andrea y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Prueba prohibida” en *La prueba. Tomo II...*, *op.cit.* p. 378.

<sup>27</sup> JARA BUSTOS, Francisco, “La prueba ilícita en materia laboral. La regla de exclusión más amplia en el derecho chileno”, *Revista chilena de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n.º 2, 2011, p. 123.

<sup>28</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Segunda edición, Castillo de Luna. Ediciones jurídicas, Madrid, 2018, pp. 483 – 486.

El criterio de la vulneración de un derecho fundamental es el más extensivo en referencia a la ilicitud, conectando con esas primeras interpretaciones amplias de nuestro Constitucional y el que más nos interesa, puesto que está más íntimamente conectado con la vulneración de intereses constitucionales dignos de protección. No obstante, a pesar de su vocación de amplitud, no extingue la totalidad de los motivos.

Atendiendo en segundo lugar al criterio marcado por la prohibición expresa de una norma, en estos casos, tenemos una norma legal expresa de carácter prohibitivo, que declara la inutilidad procesal de esa prueba concreta. En nuestro ordenamiento penal (a diferencia de en el civil) y, en consonancia con SERRA DOMÍNGUEZ, no podemos señalar un precepto que sea prohibición general de todo medio probatorio ilegal; por el contrario, las prohibiciones existentes tienen carácter particular, como puede ser la prueba testifical (especial atención merece la exención de los testigos unidos al acusado por relación de parentesco) o los testimonios de referencia.

En última instancia, podemos señalar con tercer criterio delimitador de la ilicitud el desprecio de las formalidades legalmente establecidas para la obtención de la prueba. Esta categoría, en el sentido de PICÓ I JUNOY, no es más que una precisión terminológica de la propia categoría de prueba ilícita, que, haciendo uso de este concepto amplio que hemos señalado, entiende que la ilicitud deriva de la conculcación de derechos que no gozan de la característica de fundamentales. Se refiere, en síntesis, a las fuentes obtenidas de modo ilegal (como aquellas obtenidas mediante robo o hurto) o aquellos en los que se ha obviado el procedimiento necesario para la validez de la prueba; sin conculcarse en ningún caso, un derecho de los considerados fundamentales por nuestra CE.<sup>29</sup>

Como venimos señalando, partiendo del punto de vista de la causa que genera la ilicitud (de entre los diversos que maneja MIRANDA ESTRAMPES), el criterio que, a nuestro juicio, más atención merece a la hora de calificar una prueba como ilícita es el de la vulneración de algún derecho fundamental, por lo que, en definitiva, una prueba ilícita es aquella en cuya obtención o producción se haya vulnerado, de una forma u otra, alguno de los derechos fundamentales de las personas consagrados en nuestro texto constitucional<sup>30</sup>.

Si bien, seguimos apreciando en esta definición coincidente con una gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, un criterio ciertamente expansivo y amplio que, de un tiempo a esta parte, deviene cada vez más restrictivo, cada vez más a favor de permitir la valoración de pruebas que en los orígenes del concepto, serían ilícitas, cada vez haciendo referencia a criterios más amplios y vacuos que dificulten la no valoración de una prueba por la ilicitud de la misma, y, en definitiva, generando lo que algunos autores triste y poéticamente equiparan con “la muerte de la prueba ilícita”<sup>31</sup>.

Esa primera mención del TC de la prueba ilícita en la STC 114/1984, y en palabras de FUENTES SORIANO “dio un giro copernicano” en la valoración probatoria que ni

---

<sup>29</sup> PICÓ JUNOY, Joan, *El Derecho a la prueba en el proceso civil*, J. María Bosch Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 290-291.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>31</sup> ASECIO MELLADO, José María, “La prueba ilícita y su triste destino” ..., *op.cit.* p.186

aún hoy en día ha terminado de estabilizarse<sup>32</sup>. Si bien, en los términos que señalábamos con anterioridad al hablar de esta sentencia, el Constitucional pretendía establecer una garantía procesal que hiciese efectivo el carácter preminente de los derechos fundamentales en bloque, impidiendo que se favoreciesen unos en detrimento de otros. Como dice MIGUEL BARRIO, la novedosa institución a la que daba pie el constitucional se catalogaba como límite extrínseco al derecho constitucional de la prueba<sup>33</sup>.

No obstante esta primera intención expansiva, se ha ido conformando desde entonces una suerte de listado de excepciones (cada vez más amplio, en consecuencia, con la “involución” restrictiva del concepto) que permitía la apreciación procesal de medios probatorios a pesar de que hubiesen sido obtenidos con vulneración de un derecho fundamental (se estudiarán con más detenimiento en el apartado siguiente). Ello sin embargo no ha sido obstáculo para que el criterio de referencia haya sido en todo momento la vulneración de un derecho fundamental, pudiéndose afirmar, como señala ASECIO MELLADO que “lo que es la prueba ilícita, se limitaba a negar la producción de efectos de las pruebas directamente obtenidas con violación de derechos fundamentales. Poco más podía confirmarse como aceptado comúnmente”<sup>34</sup>.

Este criterio cambió con un primer y vago impulso dado por la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) de 2015<sup>35</sup>, que supuso un paso adelante en el camino restrictivo sentando con carácter meridiano una distinción en la obtención de pruebas por poderes públicos o por particulares y cerrando ya en su exposición de motivos, la puerta a cualquier atajo o irregularidad en la obtención de pruebas por los poderes públicos<sup>36</sup>.

Continuando con esta evolución y según ASECIO MELLADO, la verdadera enmienda a la doctrina constitucional que parecía estar establecida vino con ocasión del conocido caso Falciani, aunque no de forma drástica, tratando solo de forma tangencial la prueba ilícita al referirse a la ilicitud de las pruebas obtenidas por particulares<sup>37</sup>, en un principio, pero llegando a extremos impensables finalmente y es que, tal fue la influencia que el mencionado caso tuvo en la jurisprudencia española que alcanzó incluso al análisis del TC. Por ello, vamos a analizar este cambio drástico que se produjo en la prueba ilícita primero desde el punto de vista del TS con la STS 116/2017 y después a través del prisma del TC, con la STC 97/2019.

---

<sup>32</sup> FUENTES SORIANO, Olga, “La prueba prohibida aportada por particulares a la luz de las nuevas tecnologías” en ASECIO MELLADO, José María y ROSELL CORBELLE, Alba, *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Vicente Gimeno Sendra Liber Amicorum*, Castillo de Luna. Ediciones jurídicas. Madrid, 2020, p. 736.

<sup>33</sup> MIGUEL BARRIO, Rodrigo, *La prueba tecnológica en el proceso laboral: tendencias y desafíos*. Dykinson, Madrid, 2023, pp. 111 – 113.

<sup>34</sup> ASECIO MELLADO, José María, “La prueba ilícita y su triste destino” ..., *op.cit.* p.180.

<sup>35</sup> Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

<sup>36</sup> ABASCAL JUNQUERA, Alejandro, “Ilícitud probatoria: caso Falciani, Guateque y Barbulescu” en PÉREZ-CRUZ MARÍN, Agustín Jesús y ROCA MARTÍNEZ, José María, *La prueba prohibida a debate. II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2022, pp. 29 – 32.

<sup>37</sup> ASECIO MELLADO, José María: “La prueba ilícita y su triste destino” ..., *op.cit.* p.186.

Para sentar brevemente los antecedentes de este caso, la “Lista Falciani” fue un documento elaborado por Hervé Falciani, ingeniero informático que, mientras hubo estado al servicio del Banco Suizo HSBC, copio los ficheros de datos confidenciales de clientes de la entidad, con la finalidad de demostrar que su propia entidad facilitaba sistemáticamente ayuda a evasores fiscales alrededor de todo el mundo. Este documento fue descubierto por las autoridades francesas en un registro domiciliario que se practicó a instancias de una solicitud de cooperación internacional de las autoridades suizas que acusaban al ingeniero de un delito contra el secreto bancario. La lista contenía datos de hasta 130.000 clientes, algunos de los cuales tenían cuentas no declaradas en la entidad con las que defraudaban a los fiscos de sus respectivos países y fue puesta a disposición de los distintos organismos fiscales de aquellos países cuyos ciudadanos estuviesen contenidos en la lista (incluida España). Se puso en tela de juicio su validez como elemento probatorio en jurisdicciones de diferentes países europeos, ya que en su descubrimiento se había vulnerado el derecho a la intimidad y el secreto bancario.

En lo que toca a nuestro país, el caso Falciani se hace extensible a nuestra jurisdicción por primera vez en la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) 116/2017<sup>38</sup>, que llegaba a este tribunal en apelación a una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid<sup>39</sup> (en adelante SAP), en la que, gracias a la colaboración de las autoridades francesas con la Agencia Tributaria Española, se obtuvieron los datos de contribuyentes españoles incluidos en la lista Falciani, abriéndose a uno de estos contribuyentes un procedimiento inspector que resultó en una cuota dejada de ingresar entre los años 2005 y 2006 de unos dos millones de euros y dos respectivos delitos contra la Hacienda Pública; delitos para cuyo enjuiciamiento fue decisivo como medio probatorio el uso de la mencionada “Lista Falciani”.

Esta Sentencia fue recurrida en casación y resuelta por el TS en su STS 116/2017, de 23 de febrero. En consonancia con lo ya alegado como defensa de la parte en el previo pronunciamiento judicial, una importante fundamentación jurídica del recurso consistía en desvirtuar la validez probatoria de la lista Falciani, concretamente conectando la valoración de esta prueba, pretendidamente ilícita, con la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. En palabras de la propia sentencia: *“La sentencia recurrida -se razona- declara probados determinados datos fácticos que utiliza para integrar la calificación de los hechos como delictivos, habiendo valorado como prueba de cargo una prueba ilícitamente obtenida. Esa valoración de prueba ilícita es contraria al contenido material del derecho a la presunción de inocencia, según proclama reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda”*<sup>40</sup>

Por tanto, el fondo del asunto estriba en demostrar la ilicitud probatoria que, de ser así, desvirtuaría la acusación de la Audiencia Provincial, conllevaría la exclusión de la ya mencionada Lista y derivaría, en última instancia, en la absolución del contribuyente. A

---

<sup>38</sup> FJ 2, STS 116/2017, de 23 de febrero, ECLI:ES:TS:2017:471.

<sup>39</sup> SAP Madrid, 280/2016, de 29 de abril, ECLI:ES:APM:2016:3742.

<sup>40</sup> FJ 2, STS 116/2017, *op.cit.*

este respecto la argumentación de la parte apelante fundamentaba, en primer lugar, la ilicitud señalando que la copia remitida por las autoridades francesas a la Agencia Tributaria no se correspondía con las originales intervenidas al Sr. Falciani y, por ende, no constituía información fidedigna del banco HSBC<sup>41</sup>.

De otra parte, se centraban también en demostrar el origen ilícito del acto en que la causa tenía origen. Así, el Sr. Falciani, había atentado directa y gravemente al derecho a la intimidad del contribuyente dando lugar a la absoluta contaminación del medio probatorio obtenido mediante tal vulneración<sup>42</sup>.

De igual modo, al haber aceptado como lícita la prueba, y según BARCIELA PÉREZ, se habían infringido los derechos a la tutela judicial efectiva, presunción de inocencia y proceso con todas las garantías, al declarar como probados determinados hechos sin disponer de prueba de cargo suficiente<sup>43</sup>.

El TS desestimó todos los motivos casacionales, confirmando la Sentencia de la Audiencia Provincial y, conjuntamente, la licitud de la lista como medio probatorio. Resulta, por tanto, oportuno, analizar ahora cuál fue *la ratio decidendi* que llevó al Tribunal a tomar tal decisión.

En una primera fase de la argumentación, como señala BLANCO CORDERO, se centraba el Supremo en exponer una relación de estados europeos en los que la controvertida lista hubiese sido admitida como medio probatorio<sup>44</sup> y concretamente en su FJ 3º cita hasta cuatro cortes de estados europeos en los que la validez probatoria de la lista Falciani ha quedado respaldada<sup>45</sup>.

Entrando de lleno en la fundamentación jurídica, es en el FJ 6 donde el Tribunal sitúa la verdadera carga de la *ratio decidendi* y, rompiendo con la línea jurisprudencial que, hasta cierto punto estaba sentada, desvincula la ilicitud probatoria de su primigenio origen. El razonamiento que arguye el Tribunal es que 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*”<sup>46</sup>; lo que está haciendo, como vemos, es marcar una diferencia entre las pruebas que son obtenidas por particulares y las obtenidas por poderes públicos, afectando la ilicitud probatoria a aquellas que hayan sido obtenida por estos últimos con vulneración de los derechos fundamentales, y así lo especifica en el FJ 7: “*La vulneración de la intimidad de las personas -si este es el derecho afectado por el particular- no puede provocar como obligada reacción, en todo caso, la declaración de ilicitud*”.

---

<sup>41</sup> FJ 2, STS 116/2017, *op.cit.*

<sup>42</sup> FJ 3, *ibidem*.

<sup>43</sup> BARCIELA PÉREZ, José Antonio, “La validez probatoria de la denominada <<Lista Falciani>> a tenor de la reciente jurisprudencia”, Revista Quincena Fiscal, n.º 20, 2017, pp. 145-170.

<sup>44</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro, “La admisibilidad de las listas de evasores sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales”, Revista Indret, n.º 3, 2015, pp. 26 y ss.

<sup>45</sup> Tribunal Supremo Belga, Tribunal Supremo Francés, Corte de Casación Italiana y Tribunal Constitucional Alemán, según STS 116/2017 ..., *op.cit.* FJ. 3.

<sup>46</sup> FJ 6, *ibidem*.

Con estas afirmaciones, el TS, como dice MOSQUERA BLANCO, llevaba a cabo un fenómeno paralelo: de una parte, se aproxima a la línea jurisprudencial estadounidense (persiguiendo el *deterrent effect*, en lugar de la vinculación a los derechos fundamentales) a la par que lleva a cabo un proceso de “deconstitucionalización” de la regla de exclusión probatoria<sup>47</sup>. El Supremo se aparta definitivamente de aquel enfoque amplio de la ilicitud probatoria que recogía la inicial sentencia del Constitucional 114/1984 y del propio art. 11 LOPJ que respaldaba la nulidad de toda prueba en la vulneración de un derecho fundamental, “público o privado, pues el origen del menoscabo no hacía este menos intolerable”. De hecho, fue el propio TC en la STC 114/1984 el que constató la absoluta irrelevancia del carácter público o privado del autor: “Esta garantía deriva, pues, de 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”<sup>48</sup>A contrario sensu, la ilicitud probatoria se establece ahora como un mandato persuasorio a la actuación de los poderes públicos, que no provoquen el menoscabo de los derechos fundamentales en la búsqueda de la verdad, (al más puro estilo estadounidense y su *deterrent effect*<sup>49</sup>) y sobre todo, que no lo hagan aprovechando la actuación camuflada de los sujetos particulares que actúen como una pieza del Estado<sup>50</sup> que es donde se oculta la precisión: si la actuación del particular sirve como medio útil a la actuación indagatoria policial, independientemente de la voluntad del sujeto en participar de esa labor de investigación, no podrá otorgar valor alguno a la investigación<sup>51</sup>

En definitiva, y en palabras del propio Tribunal: “su valoración [de una fuente de prueba obtenida por un particular con desvinculación absoluta de actividad estatal] 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”<sup>52</sup>. Queda así enormemente limitado el ámbito de valoración de la prueba ilícita abriendo la puerta a la vulneración de derechos fundamentales siempre que no se de en el ámbito de la actividad estatal ni con la intención premeditada de crear *ad hoc* medios de prueba. En este sentido, considera el TS que la actuación del Sr. Falciani adolece, tanto de forma directa o indirecta, de un interés de colaboración con cualquier tipo de autoridad o proceso indagatorio: “no existe, pues, dato indiciario alguno que explique la obtención de esos ficheros como el resultado de una colaboración – ad hoc o sobrevenida – de Belarmino con los servicios policiales [...] Tampoco de que [...] los servicios españoles se hicieran con ella en virtud de un pacto con el infractor”<sup>53</sup> y por ello, en base a las circunstancias de obtención de los medios, no puede considerarse la prueba vulneradora de ningún

---

<sup>47</sup> MOSQUERA BLANCO, Augusto Javier, “La prueba ilícita tras la sentencia...”, *op.cit.* p. 21.

<sup>48</sup> FJ 4, STC 114/1984, de 29 de noviembre. ECLI:ES:TC:1984:114.

<sup>49</sup> MOSQUERA BLANCO, Augusto Javier: “La prueba ilícita tras la sentencia...”, *op.cit.* p. 22.

<sup>50</sup> ASENSIO MELLADO, José María, “Descanse en paz la prueba ilícita” ..., *op.cit.* p. 5.

<sup>51</sup> “Los funcionarios del estado que investigan el delito han de estar convencidos de que tampoco su trabajo podrá ser valorado si las pruebas obtenidas lo han sido mediante el subterfugio de la utilización de un activo particular que, sabiéndolo o no, actúa a su servicio” STS 116/2017... *op.cit.* FJ 7.

<sup>52</sup> FJ 6, STS 116/2017, ... *op.cit.*

<sup>53</sup> FJ 8, *ibidem*.

derecho fundamental por carecer de intencionalidad absoluta de implicación en la labor investigadora o punitiva del Estado.

Además de esta intención indagatoria o no, el TS atiende también al sección del derecho que ha sido atacada, en tanto que es más irrelevante si lo que se ha atacado ha sido meramente el exterior del derecho, de modo que “*no pueden recibir el mismo tratamiento [...] las lesiones periféricas frente a aquellas otras que alcanzan el núcleo mismo del contenido material de un derecho fundamental*”<sup>54</sup>.

ASENCIO MELLADO condensa en dos las conclusiones de la argumentación del TS: toda vulneración de pruebas por parte de particulares, cuando estos actúen en nombre del Estado, es nula; e igualmente son nulas todas las que provienen de particulares si afectan al núcleo del contenido material del derecho; por el contrario, son válidas las que atentan a lo que llaman aspectos periféricos del derecho.<sup>55</sup>

En cuanto al razonamiento del TS, al no haberse dado ninguno de los extremos que hubiesen permitido calificar la lista Falciani como elemento probatorio ilícito, su valoración es plenamente aceptable por el tribunal y por ello no se vulneran los derechos a la tutela judicial efectiva ni al proceso con todas las garantías (art. 24 CE).

La STS, ha de decirse que transgrede irremediabilmente con la jurisprudencia sobre la prueba ilícita de hecho, así lo señala MOSQUERA BLANCO cuando dice que la STS 116/2017 quiebra la concepción universalista de la prueba ilícita que el legislador pretendió con el art. 11 LOPJ, chocando “radicalmente con la jurisprudencia constitucional y con el mandato legal del art. 11 LOPJ”<sup>56</sup>. A pesar de ello y de que abre (con su complicado razonamiento) la puerta a determinadas excepciones, consideramos que la prueba ilícita seguía vinculada al concepto inatacable de los derechos fundamentales (aunque habiéndose escindido las pruebas procedentes de particulares; un importante bastión de la actividad probatoria) dejando intacta la protección constitucional y pretendiendo únicamente reducirla ante supuestos que parecieran necesitar de una más adecuada respuesta.

Sin embargo, cuando el caso se hace extensivo al ámbito del TC, es donde se hace patente e irrevocable la ruptura de la línea jurisprudencial. La Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 97/2019 viene irremediabilmente, no ya a restringir sino, citando a LUIS AMIGO, a invertir la regla de interpretación, de modo que la regla general no es ya la exclusión de la prueba ilícita, aunque tuviera numerosas excepciones<sup>57</sup>. En definitiva, como dice ASECIO MELLADO, podría decirse que esta sentencia “ha puesto punto y final a la institución de la prueba ilícita, que ha decidido enterrarla, darla por finiquitada”<sup>58</sup>.

El TC reinterpreta su propia doctrina haciendo un uso descontextualizado de ella y situándola en contra de su nueva interpretación. En un origen señaló que la prueba ilícita

---

<sup>54</sup> FJ 7, STS 116/2017..., *op.cit.*

<sup>55</sup> ASECIO MELLADO, José María: “Descanse en paz la prueba ilícita” ..., *op.cit.* p. 6.

<sup>56</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Pablo, “La relativización de la prueba ilícita ...”, *op.cit.* p. 23.

<sup>57</sup> GÓMEZ AMIGO, Luis, “Tratamiento procesal de la prueba ilícita ...”, *op.cit.* p. 212.

<sup>58</sup> ASECIO MELLADO, José María, “La prueba ilícita y su triste destino” ..., *op.cit.* p. 191.

era una garantía de carácter autónomo que en sí misma formaba parte del proceso justo y equitativo, sin necesidad de hacer referencia al caso concreto, pues la naturaleza de la garantía absorbía la posibilidad de apreciación individual. Pero ahora quería al TC rediseñar aquellos argumentos para concluir en que la prueba ilícita, a pesar de existir vulneración de un derecho fundamental de forma directa, no puede ser interpretada de un modo estricto y ha de ser acomodada a la circunstancia concreta y los intereses en juego.

La Sentencia del TC surge al amparo de la ya comentada STS 116/2017, compartiendo por tanto fundamento fáctico y alega como motivo único la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE)<sup>59</sup>, en torno a tres ideas elementales.

Considera el recurrente en primer lugar que la interpretación que el TS hace del art. 11 LOPJ no es compatible ni con el contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías ni con la doctrina constitucional establecida habiendo permitido tomar en consideración como válidas pruebas que derivan de una conducta ilegítima por provenir esta de un particular; apoyándose precisamente en jurisprudencia anterior del supremo en la que no se había distinguido entre el carácter público o particular del autor de la vulneración para determinar su eficacia probatoria. Citando literalmente el Antecedente 3º de la Sentencia, el recurrente considera que la novedosa doctrina del TS, *“ha mutilado de modo extraordinario el alcance de los efectos jurídicos de la prueba ilícita de modo contrario a la doctrina constitucional sobre este precepto”*.

Del mismo modo pretende, en aras de la seguridad jurídica, objetivar absolutamente la regla de exclusión con los derechos fundamentales y dejando de lado cualquier motivación subjetiva del autor de la vulneración.

Por último, pone el acento en las excepciones admitidas por el TC que, según considera, son aplicables exclusivamente a los razonamientos derivados y no a la prueba directa, como era el caso<sup>60</sup>.

Al inicio de su razonamiento jurídico (concretamente en el FJ segundo) y conforme critica ASENSIO MELLADO, el Constitucional desdibuja el carácter constitucional (que desde su sentencia 114/198 había admitido) de la prueba ilícita y la subordina ahora la ineficacia de la prueba ilícita a un concepto amplio e impropio de nuestro derecho como es el “derecho a un proceso justo”, no equivalente al de proceso con todas las garantías, que provoca una cierta relativización del derecho fundamental y le otorga, además, a la prueba ilícita naturaleza procesal, no material<sup>61</sup>, citando al propio Tribunal: *“La pretensión de exclusión de la prueba ilícita deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo”*<sup>62</sup>. Es decir, con este cambio de criterio el TC degrada la naturaleza jurídica de la prueba ilícita.

---

<sup>59</sup> FJ 2, STC 97/2019, de 16 de julio, ECLI:ES:TC:2019:97.

<sup>60</sup> FJ 1, ibidem.

<sup>61</sup> ASENSIO MELLADO, José María, “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”. Diario la Ley, n.º 9499, Sección Tribuna, 2019.

<sup>62</sup> FJ 1, STS 116/2017..., *op.cit.*

Personalmente considero que, en su origen, la exclusión de la prueba ilícita era una garantía de garantías que protegía el proceso penal en su conjunto. Es decir, como su naturaleza intrínseca la vinculaba con los derechos fundamentales, con la mera interdicción de los efectos de la prueba ilícita, se estaba ya protegiendo los derechos consagrados en el art. 24 CE y derivadamente se protegían también las garantías procesales de orden procesal inferior.

Sin embargo, al negar el carácter autónomo de la prueba ilícita en el apartado b) del FJ 2 y vincularla además en el apartado c) al equilibrio de las partes, adelanta su nueva posición, consistente en hacer depender la ilicitud de un juicio ponderativo en el marco de un “*proceso justo y equitativo*” que verdaderamente dilucide cuál de los intereses en pugna es el que prevalece: la búsqueda de la verdad o de la plena eficacia de los derechos constitucionales. Esta nueva posición se apoya en una cínica reconsideración de sus propios planteamientos pues, cuando en el FJ 2 se cita la anterior STC 114/1978 en este sentido: “*hay que ponderar en cada caso los intereses en tensión para dar acogida preferentemente en la decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés también en el reconocimiento de la plena eficacia de derechos constitucionales)*”<sup>63</sup>, lo que realmente se cita no es una argumentación del Tribunal, sino un planteamiento previo de la cuestión conflictiva que podría suscitar el problema, encontrándose la verdadera respuesta a esta cuestión en el FJ 4 de aquella Sentencia: “*En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía —por el ordenamiento en su conjunto— de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infra constitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso*»<sup>64</sup>. Al menos a nuestro juicio, es clara la intención del TC de señalar que, ante aquel posible conflicto que se planteaba en el FJ 2, lo que debe prevalecer en todo caso es la defensa a ultranza de los derechos fundamentales y que por tanto no cabe ponderación alguna de intereses cuando se da alguna vulneración, sino que esta comporta la inmediata nulidad del medio probatorio. Por ello, se advierte ya tempranamente en la actual STC 97/2019 cómo los planteamientos que pretende utilizar y el sentido que pretende dar a sus propias palabras es totalmente distinto y contrario a la realidad que un día sentó en su STC 114/1978.

Avanzando en la argumentación jurídica del TC, en el FJ 3 hace descansar la legitimidad del juicio de ponderación en el modelo de su anterior STC 114/1984. Señala, en el apartado a) que, una vez declarada la naturaleza constitucional de la vulneración, procede (conforme al apartado b) del FJ 3) un análisis “*de su ligamen o conexión con los*

---

<sup>63</sup> FJ 2, STC 114/1978 ..., *op.cit.*

<sup>64</sup> FJ 4, *ibidem.*

*derechos procesales de las partes desde el prisma del proceso y equitativo*”<sup>65</sup>. Es importante detenerse un instante en esta apreciación del Tribunal pues, a pesar de no ser el fundamento del fallo, si implica unas consecuencias jurídicas muy importantes. El TC menciona que ya en aquella STC 114/1984, se hacía referencia a la existencia de un juicio o valoración; no obstante, la intención de aquel juicio era la de constatar si la vulneración operada a través del medio probatorio tenía o no carácter constitucional y, en caso de tenerlo, no era necesaria mayor valoración, sino que la garantía de la prueba ilícita permitía ya desvirtuar la eficacia probatoria. No obstante, el TC pretende que, una vez se haya constatado la vulneración de uno de los derechos constitucionales se proceda ahora a un segundo juicio, que es el que hace referencia al proceso “justo y equitativo”. A nuestro entender, esta apreciación viene a degradar el carácter constitucional de la prueba ilícita puesto que, a pesar de que se dé una vulneración directa de un derecho constitucional (que en origen hubiese sido suficiente motivo) hay que hacer un segundo análisis desde un prisma de igualdad procesal en el marco del proceso justo y equitativo, es decir, ahora lo importante no es que la vulneración sea o no de ámbito constitucional, sino que vulnere el derecho procesal a la igualdad de las partes en el proceso justo consiguiendo entonces que el carácter constitucional de la eficacia de la prueba ilícita caiga hasta una mera apreciación procesal.

En este orden de cosas, el TC da por existente la vulneración del derecho a la intimidad (art. 18 CE) que el TS señaló en la Sentencia recurrida dado que, en propias palabras del Tribunal. *“la existencia de la vulneración del derecho fundamental sustantivo no puede ser revisada en esta sede, en perjuicio del recurrente, al no constituir objeto del debate planteado”*<sup>66</sup>. A pesar de que según el sentido original de la doctrina del TC esta vulneración hubiese sido suficiente para desvirtuar la eficacia probatoria, viene ahora el TC a decir que *“la constatación de la violación originaria del derecho fundamental sustantivo [...] no determina por sí sola, sin embargo, la automática violación del derecho a un proceso con todas las garantías, generando la necesidad imperativa de inadmitir la correspondiente prueba”*<sup>67</sup>, la violación previa del derecho fundamental solo producirá la nulidad del medio probatorio si vulnera a su vez los principios del proceso justo y equitativo (que por sí solos, ya producirían la correspondiente nulidad<sup>68</sup>); es decir, se insiste en la naturaleza procesal de la prueba.

Finalmente, es en el FJ 6 donde entra a analizar el polémico juicio ponderativo (del que se declara conforme en el FJ 5<sup>69</sup>) entre la ilicitud originaria del derecho fundamental a la intimidad y la vulneración del derecho a un proceso justo, juicio que es, a la luz del TC, el elemento decisivo para considerar la ilicitud del medio probatorio.

De este análisis podemos entender que a través del análisis de la vulneración según los criterios de la doctrina de conexión de antijuricidad, desde el punto de vista interno y

---

<sup>65</sup>FJ 3, STC 97/2019, ..., *op.cit.*

<sup>66</sup> FJ 4, *ibidem*.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> ASECIO MELLADO, José María, “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse ...”, *op.cit.*

<sup>69</sup> “La interpretación del art. 11 LOPJ efectuada por el Supremo [...] no merece, por tanto, ninguna censura” FJ 5, STC 97/2019..., *op.cit.*

externo (la cual pasaremos a desarrollar más adelante) no se desprende una especial y superior necesidad de tutela del derecho vulnerado. Habida cuenta de que existe una intromisión del derecho a la intimidad, considera el TC que esta “*carece de cualquier conexión instrumental [...] con actuaciones investigadoras llevadas a cabo por las autoridades españolas*”<sup>70</sup>; insistiendo en la diferenciación que hizo en su momento el TS entre elementos probatorios de particulares respecto de los de las autoridades públicas y la desvinculación con la intención investigadora de la policía se concluye que no hay especial interés digno de protección.

- Partiendo de la premisa de que la ilicitud probatoria tiene un rango ordinario, considera que “*no existe una necesidad jurídica de extender al proceso penal la tutela del derecho a la intimidad en relación con un intromisión inter privados como es la del caso que nos ocupa*”<sup>71</sup>. Se ratifica así el carácter instrumental o procesal de la prueba ilícita que comporta la perfecta apreciación de la ilicitud en el seno del propio proceso penal sin necesidad de hacerla extensible a la protección separada y propia de los derechos fundamentales.

En definitiva, la intromisión en el derecho a la intimidad que ya señalaba el TS no constituye razón suficiente que motive el juicio ponderativo con el derecho a un proceso justo, por lo que el TC termina desestimando el amparo y ratificando la decisión del TS, aunque en base a una fundamentación jurídica totalmente distinta de la cautelosa y premeditada de la que hizo el TS en la STS 116/2017 que ya en su día generó un descontento generalizado en la doctrina.

La posición que el TC fijó con esta sentencia dice ASECIO MELLADO niega en la actualidad el valor que corresponde a los derechos fundamentales y el consecuente fundamento constitucional de la ilicitud probatoria<sup>72</sup> y hace que la garantía de la prueba ilícita, convertida en regla ordinaria, “recorre el camino de regreso al mundo inquisitivo, que se vislumbra cercano”<sup>73</sup>. Del mismo modo, comparten esta visión pesimista una gran cantidad de autores como RODRÍGUEZ RAMOS<sup>74</sup> o ZARAGOZA TEJADA y GUTIÉRREZ ATANZA<sup>75</sup>, pero resulta muy reveladora e ilustrativa la opinión de GÓMEZ AMIGO, indicando que con esta STC 97/2019 hemos alcanzado la máxima restricción en la prueba ilícita, limitando en gran medida el respeto a los derechos fundamentales en el proceso penal y permitiendo, en ciertos supuestos, que actos atentatorios de los derechos humanos puedan ser admisibles en el proceso si la prueba es “justa y equitativa”<sup>76</sup>.

---

<sup>70</sup> FJ 6, STC 97/2019..., *op.cit.*

<sup>71</sup> *Ibidem.*

<sup>72</sup> ASECIO MELLADO, José María, “La prueba ilícita y su triste destino ...”, *op.cit.* p. 194.

<sup>73</sup> ASECIO MELLADO, José María, “La STC 97/2019, de ...”, *op.cit.* p. 20.

<sup>74</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “¿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, 2017, pp.14-18.

<sup>75</sup> ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio y GUTIÉRREZ ATANZA, Diego Alberto, “La prueba ilícita una reflexión tras la STS de 23 de febrero de 2017”, *Revista Aranzadi de Derecho Procesal y Penal*, n.º 47, 2017, pp. 11-12.

<sup>76</sup> GÓMEZ AMIGO, Luis, “Tratamiento procesal de la prueba ilícita ...”, *op.cit.* p. 213.

Compartimos absolutamente esta posición por considerar que el antecedente jurídico que aquí sienta el TC es cínico a la par que enrevesado. Con la tergiversación de su propia opinión en la STC 114/1984 el TC ha conseguido ocultar la protección de los valores más supremos de nuestro Ordenamiento Jurídico tras una apariencia de legalidad ordinaria, haciendo depender esa protección de unos criterios poco delimitados y muy dependientes de la apreciación concreta de los órganos judiciales. La garantía que el propio TC introdujo debería haberse mantenido con la vocación de autonomía que fue creada, como un verdadero límite inexpugnable, no ya a la actuación policial respecto sus labores investigadoras, si no de la propia congruencia del ordenamiento que proteja con mayor interés aquellos derechos que lo merecen y con ello pensamos, al igual que los autores citados en el párrafo anterior, que con esta Sentencia el panorama de la prueba ilícita queda prácticamente desierto.

## 6. REGLAS DE EXCLUSIÓN PROBATORIA.

Habiendo ya definido el concepto de ilicitud probatoria, así como todos sus distintas causas y una breve evolución hasta el concepto que nos ocupa hoy en día, resulta razonable entrar ahora a conocer la regla de exclusión. Esta regla de exclusión probatoria o *exclusionary rule*, no es más que una consecuencia lógica que deriva del carácter ilegal de los medios probatorios que venimos estudiando y que, como dice MIRANDA ESTRAMPES, impide reconocer efectos a las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, práctica que más bien se identificaría con los modelos penales inquisitivos históricos<sup>77</sup>.

El hecho de que se conozca esta regla por su traducción anglosajona (*exclusionary rule*) tiene causa en el origen de la misma, que como de nuevo señala MIRANDA ESTRAMPES fue creación de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en conexión con la IV Enmienda (derechos a no sufrir registros irracionales<sup>78</sup>), según la cual los individuos no podían ser sometidos a registros por los agentes del Gobierno sin existencia de una “causa probable”<sup>79</sup>. De hecho, nos hace referencia el propio MIRANDA ESTRAMPES al caso *Boyd v. United States, de 1886*,<sup>80</sup> como verdadero y concreto antecedente de la *exclusionary rule*, al vincular la Corte Suprema estadounidense por primera vez y de forma directa la *exclusionary rule* con las Enmiendas IV y V en un caso relacionado con la aportación de unas determinadas facturas privadas que serían utilizadas como prueba en contra del propio acusado. Boyd, el acusado, aportó diligente las facturas que le fueron requeridas (de lo contrario, una ley de 1874 consideraba como confesión presunta la no aportación de los requerimientos a documentos privados) pero efectuando la oportuna reclamación, que se vio respaldada por la decisión de la propia Corte al revocarle la

---

<sup>77</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: “La regla de exclusión probatoria y sus ...”, *op.cit.* p.133.

<sup>78</sup> La citada IV Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos establece que: “«El derecho de las personas a estar protegidas en sus personas, casas, documentos y efectos, contra registros y confiscaciones irrazonables, no será violado, y no se emitirán autorizaciones, sino basadas en causa probable, apoyadas por juramento o promesa, y describiendo detalladamente el lugar a registrar, y las personas o cosas a incautar»

<sup>79</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense: crónica de una muerte anunciada*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2020, pp. 17-19.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 20.

Sentencia por considerar esta obligatoriedad documental como una violación directa de los derechos contenidos en la IV y V Enmienda.

Esta vinculación directa con la IV Enmienda le reconoció casi inmediatamente un carácter constitucional que se sustentó, siguiendo con MIRANDA ESTRAMPES, en dos principios que se retroalimentaban. El primero de estos principios era el principio de integridad judicial según el cual, los jueces no podían en su actuación tomar como válidos medios probatorios que atacasen esa IV enmienda y, si lo hacían “se convertían en verdaderos cómplices de la actuación deliberadamente inconstitucional de la policía”<sup>81</sup>, lo que nos da la clave para el segundo principio sustentador: el *deterrent effect*; que verdaderamente implica un verdadero efecto disuasorio de carácter sistémico o general dirigido a las autoridades policiales gubernamentales para que, en sus investigaciones, se abstengan de llevar a cabo cualquier acto indagatorio que menoscabe el contenido constitucional de esa IV Enmienda<sup>82</sup>. Vemos, por ende, como en su origen, la prueba prohibida perseguía un fin protector y disuasorio, dada cuenta de que el celo investigador podía arrollar los derechos fundamentales, no había mejor forma de protección de los mismos que arrancar la validez a los medios probatorios policiales obrados en detrimento de estos derechos<sup>83</sup>. No obstante, a título personal consideramos que este origen quedaba muy estrechamente vinculado con la investigación policial, por lo que podría alejarse en modo alguno del origen que el TC marcó en un origen, más amplio y garantista.

Superando ahora el génesis de la regla, en nuestro derecho propio podríamos decir que se vivió un periodo “pre-prueba ilícita” en el que hubo un silencio legislativo absoluto en esta materia. De igual modo que manifiesta ALCAIDE GONZÁLEZ, no podemos otorgar un desvalor o una crítica a este silencio del legislador, puesto que, como ya hemos visto, la regla nos llega desde Estados Unidos a finales del Siglo XIX, con posterioridad a la publicación de la LECrim (1882), por lo que no era de esperar que esta ley, careciendo de antecedente alguno, “dedicase en su redacción original atención al fenómenos de los medios de prueba ilícitamente obtenidos”<sup>84</sup>.

La recepción a nuestro derecho nacional se produjo casi 100 años más tarde la de LECrim a través de la ya citada y paradigmática STC 114/1984, de 26 de noviembre que, como dice LÓPEZ YAGÜES, proclamaba la existencia de una exigencia constitucional de inadmisión de pruebas viciadas en cuanto a su obtención a la par que ejecutaba uno de los cambios más trascendentales en la teoría y la práctica del Derecho Español al sentar las bases para la configuración del concepto<sup>85</sup>. Esta primera aparición encontraría su refrendo legal casi de inmediato, al promulgarse el 1 de julio de 1985 el ya citado art. 11

---

<sup>81</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Prueba ilícita y regla ...*, *op.cit.* p. 38.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>83</sup> DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Reflexiones sobre prueba ilícita”, LOGOS, Revista científica del Centro Universitario de la Guardia Civil, n.º Especial de presentación, febrero, 2023, p. 39.

<sup>84</sup> ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel, “La exclusionary rule de Estados Unidos. Y la prueba ilícita penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos”, Universitat Autònoma de Barcelona, 2013, p. 302.

<sup>85</sup> LÓPEZ YAGÜES, Verónica, “Génesis e involución de la regla de exclusión probatoria penal” en *La administración de justicia en España y en América*, MARTÍN RÍOS, Pilar y PÉREZ MARÍN, María Ángeles, Astigi, Sevilla, 2021, pp. 1091 – 1095.

LOPJ, con el que “definitivamente se abría hueco en el derecho español a la regla que impide la incorporación al proceso, y su valoración en él como prueba, de todo elemento logrado a partir de la conculcación de un derecho fundamental”<sup>86</sup>.

La regla de exclusión probatoria, siguiendo con LÓPEZ YAGÜES, ha recorrido un camino dinámico guiada siempre de la mano de nuestro TC, que ha hecho de ella un concepto elástico sometido a progresiva transformación. En este camino, la regla ha vivido a caballo entre dos teorías, que ya adelantamos al hablar de la prueba ilícita: la que enarbola un concepto amplio y garantista de prueba prohibida, contra aquellos que defienden un concepto estricto adscribiéndolo casi exclusivamente a la dicción literal del art. 11 LOPJ<sup>87</sup>.

La primera etapa de este camino está dominada por la concepción amplia de la regla, permitiendo, según refiere LÓPEZ AMIGO, que la eficacia refleja en sentido amplio impida valorar tanto las pruebas obtenidas de modo directo con vulneración de derechos fundamentales como las derivadas de aquellas (por ejemplo, la prueba indiciaria)<sup>88</sup>.

No obstante, como argumenta TERRASA ORTUÑO, en materia penal el ámbito probatorio justifica una posible injerencia en los derechos fundamentales en lo estrictamente necesario, lo que explica que desde ese origen el Constitucional haya mitigado progresivamente la rigidez inicial de la regla a través de un cierto listado de excepciones que permitiesen bajo determinadas condiciones la valoración probatoria de elementos obtenidos ilícitamente en relación con los derechos fundamentales<sup>89</sup>, excepciones que limitaban el amplísimo campo de la prueba ilícita pero que en absoluto perseguían una finalidad restrictiva, sino un freno necesario.

Sin embargo, estas excepciones, que pasamos detalladamente a explicar, a pesar de nacer con una vocación de garantía en un terreno que podría calificar como amplísimo, abrieron además la puerta a la concepción restrictiva de la regla de exclusión y fueron poco a poco vaciando de contenido a la regla de exclusión hasta desembocar en la “absoluta involución de la prueba ilícita” de la que anteriormente hablamos. No obstante, a pesar de la práctica unanimidad de la doctrina en la recepción necesaria de esta serie de excepciones, no han faltado en el desarrollo del concepto figuras como GUARIGLIA o POVIÑA que, fieles al primer concepto de la eficacia refleja de la regla de exclusión, hayan considerado que frente a las prohibiciones probatorias no hay otro camino que la invalorableidad, despreciando así cualquier excepción.

## 7. EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SU EVOLUCIÓN TRAS EL CASO FALCIANI

Si bien, antes de iniciar el desarrollo de estos epígrafes hemos de hacer una mención concreta respecto al criterio de exposición de esta lista jurisprudencial de excepciones a

---

<sup>86</sup> Ibidem, p. 1094.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 1096.

<sup>88</sup> GÓMEZ AMIGO, Luis, “Tratamiento procesal de la prueba...”, *op.cit.* p. 207.

<sup>89</sup> TERRASA ORTUÑO, Francisco Jesús, “Prueba penal ilícita: fundamento de la regla de exclusión y sus excepciones”, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, n. °17, 2019, p. 13.

la prueba ilícita. Si siguiéramos un orden cronológico, resultaría oportuno el desarrollo de la teoría de “la conexión de antijuricidad” (para la mayoría de la doctrina, considerada como la excepción más sobresaliente de todas las existentes) antes de la excepción del “hallazgo casual”. No obstante, pretendemos en nuestro trabajo seguir un orden lógico, habiendo agrupado las excepciones en dos grupos, siguiendo el criterio de GÓMEZ COLOMER Y PLANCHADEL GARGALLO.

Un primer grupo, formado por las teorías de la prueba jurídicamente independiente, el descubrimiento inevitable y el hallazgo casual. Podríamos calificar este grupo, del mismo modo que ya pincelamos anteriormente, como de necesario o lógico, puesto que pretendía limitar ese carácter absoluto con el que nació la prueba ilícita y que en numerosas ocasiones generaba la absolución de criminales de importantes delitos. Este grupo se referirá a las tres primeras excepciones y, respecto a los efectos de la doctrina Falciani, no serán realmente muy notables, ya que aún se mantenía el respeto al espíritu amplio o garantista de la prueba ilícita.

Y en segunda instancia, un segundo grupo, que parte de la teoría de la conexión de antijuricidad y continúa con dos disgregaciones de esta: la confesión voluntaria y la excepción de buena fe. Estas tres hipótesis no surgen ya como algo lógico, como un freno necesario, sino que pretendieron llevar al extremo aquella doctrina restrictiva que enarbolaban algunos autores. Este grupo, según señala GÓMEZ COLOMER, ha confirmado objetivamente la tendencia reduccionista consiguiendo tanto vedar de cualquier intención expansiva a la doctrina, como como hacer parecer lo que ya hasta entonces se había logrado<sup>90</sup>. Aquí es verdaderamente donde mejor se va a observar los cambios introducidos por el caso Falciani, pues la jurisprudencia se alinea con el sentido restrictivo en consonancia con estas tres excepciones y de hecho es el razonamiento de la teoría de la conexión de antijuricidad en el que se basa el juicio de ponderación del FJ 6 en la STC 97/2019, como veremos.

### 7.a. Excepción de la prueba jurídicamente independiente.

Este primer criterio restrictivo fue introducido por el TC al hilo de un delito de tráfico de drogas. En su STC 86/1995, de 6 de junio, resuelve el recurso planteado por la defensa de los autores de un delito contra la salud pública al que habían sido condenados en base a unas intervenciones telefónicas practicadas sin mandamiento judicial. La defensa alegaba pues, como motivo de casación, la flagrante vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (18.3 CE), lo que envenenaba el medio probatorio e impedía valorarlo, según la doctrina del propio Tribunal.

Muy brevemente hemos de reseñar que la mayoría (por no decir prácticamente todas) ubican su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de cuyo sistema en torno a la prueba ilícita bebe en parte el español. En el caso concreto de la prueba jurídicamente independiente, es MIRANDA ESTRAMPES quien de nuevo nos indica el origen concreto de esta esta excepción a la regla. A través de su análisis del caso

---

<sup>90</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Prueba y proceso penal. Análisis especial ...*, op.cit. p.127.

*Silverthorne Lumber Co., Inc. v. U.S.*, se nos muestra significativo el pasaje que dice “*If knowledge of them is gained from an independent source, they may be proved like any others*” llegando entonces a la conclusión de que los hechos de la prueba primaria no habían de quedar fuera del proceso si podían incorporarse a este a través de otra fuente distinta, legal e independiente de la primera<sup>91</sup>.

Volviendo ya al TC, en su razonamiento jurídico no revoca en absoluto su propia doctrina y así lo recalca en su FJ 3: “*El derecho al secreto de las comunicaciones solo puede ser limitado mediante una resolución judicial suficientemente motivada. [...] De tal modo que la ausencia de autorización judicial [...] determina irremediabilmente la lesión del derecho constitucional y, por lo tanto, la prohibición de valoración de cualquier elemento probatorio*”<sup>92</sup>. esto se debe a que además del elemento probatorio procedente de la intervención telefónica existía también otra prueba de cargo (a priori independiente) consistente en la declaración inculpativa de uno de los acusados. Respecto a este extremo se pronuncia también el TC y es donde hace pesar el razonamiento de la excepción que venimos explicando.

El Tribunal considera que la declaración de uno de los acusados es independiente de la intervención telefónica (es decir, no deriva de ella) y la consecuencia jurídica de esa independencia es la aptitud procesal de la prueba de cargo: “*Entre las evidencias derivativas, no viciadas por la ilegalidad original, figura en el presente caso la propia confesión del coprocesado, hoy recurrente*” [...] “*la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante*” [...] Ninguna de estas circunstancias [refiriéndose a la vulneración del derecho fundamental] concurre en el presente caso, pues de acuerdo con lo que se acaba de exponer la Sentencia condenatoria se fundamenta en una actividad probatoria de cargo que ha de considerarse suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia”<sup>93</sup>. Se deduce entonces que el TC hizo pesar la validez probatoria del inculpado en la ausencia de una relación objetiva entre la intervención telefónica (que sí era ilegal) y esta otra prueba, que por tanto era válida. Ello lo hace en el sentido propio de la teoría de la conexión de antijuricidad, tesis que aún no había sentado y de la que hablaremos más adelante.

A pesar de su razonamiento jurídico y como aluden GÓMEZ COLOMER y PLANCHADELL GARGALLO, esta teoría era bastante débil, puesto que es extremadamente difícil determinar la independencia entre dos medios probatorios, siendo el propio TC el que reconoció en este caso que el inculpado había confesado ante la evidencia de los resultados probatorios.

A pesar de ello, la admisión jurisprudencial de esta excepción hizo camino para el resto, colocando en dos planos ya no irremediabilmente unidos la vulneración de un derecho fundamental y la ilicitud del medio probatorio<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Prueba ilícita y regla ...*, op.cit. p.92.

<sup>92</sup> FJ 3, STC 86/91995, de 6 de junio, ECLI:ES:TC:1995:86.

<sup>93</sup> FJ 4, ibidem.

<sup>94</sup> PLANCHADELL GARGALLO, Andrea y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Prueba prohibida” en ..., op.cit. p. 385-388.

## 7.b. Excepción del descubrimiento inevitable.

En esta ocasión es el TS el que en su STS 974/1997 de 4 julio añade una nueva excepción a la eficacia refleja de la prueba ilícita, sentando la tesis del descubrimiento inevitable. Esta tesis, como señalan GÓMEZ COLOMER Y PLANCHADELL GARGALLO, no es más que un perfeccionamiento de la teoría de la prueba independiente que ya había sido empleada por el TC y proviene, de nuevo, de la jurisprudencia norteamericana (*Inevitable Discovery*, en el caso *Nix v. Williams*)<sup>95</sup>.

La Sentencia traía a colación un caso en el que la Ertzaintza incautó un alijo de drogas gracias a unas intervenciones telefónicas ilegales, pero a las cuales se podría haber llegado de todas maneras a través de vías procesales lícitas. En el recurso de casación, la recurrente alegaba de nuevo la ineficacia procesal de las pruebas, las cuales consideraba ilícitas por vulneradoras del derecho a la presunción de inocencia del 24.2 CE.

El TS parte indudablemente su fundamentación jurídica de la anterior tesis sentada por el constitucional, cuando señala: “*el efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes*”<sup>96</sup>. Sin embargo, el centro jurídico de esta fundamentación reside en la posibilidad de llegar a una conclusión válida a través de medios lícitos que, además de carecer de conexión causal con los medios obtenidos ilícitamente, hubiesen sido valorados de igual forma en el proceso. En palabras de GÓMEZ COLOMER, “que por la prueba lícita se llegue inevitablemente al conocimiento del hecho delictivo elimina la eficacia refleja de la prueba prohibida y permite la condena del acusado”<sup>97</sup>.

El propio TS lo señala en el FJ 4: “*consta acreditado a través de la prueba testifical debidamente práctica (con lo que se refiere a lícita) que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia [...] que habría conducido en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada [...]. 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*”<sup>98</sup>.

En suma, es un pequeño avance sobre la tesis de la “prueba jurídicamente independiente”, ya que no es solo que la prueba derivada sea independiente de la ilícita, sino que se podría haber llegado a una prueba directa con suficiente cargo probatorio a través de medios independientes y que necesariamente desembocarían en el mismo resultado. No obstante, como nos señala GÓMEZ COLOMER, esta teoría adolece (al igual que la anterior) de una inconsistencia en tanto calificar un descubrimiento como inevitable es azaroso e incierto y meramente basado en conjeturas e hipótesis.<sup>99</sup>

---

<sup>95</sup> Ibidem, p. 389.

<sup>96</sup> FJ. 2, STS 974/1997, de 4 de julio, ECLI:ES:TS:1997:4754.

<sup>97</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Prueba y proceso penal. Análisis especial ...*, op.cit. pp. 124-126.

<sup>98</sup> FJ 4, STS 974/1997 ..., op.cit.

<sup>99</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Prueba y proceso penal. Análisis especial ...*, op.cit. p. 124.

### 7.c. Excepción del hallazgo causal.

Esta excepción fue introducida de igual modo por el TS en su STS 1313/2000 en un supuesto de hecho muy similar a los ya comentados: en un delito de tráfico de drogas se obtiene una prueba que puede calificarse en el curso de una investigación telefónica.

No obstante, la *ratio decidendi* aquí no bascula únicamente en torno a la independencia o no entre ambos medios probatorios, si no sobre lo fortuito del descubrimiento. El caso concreto refiere que durante una intervención policía ilícita (prueba original e ilícita) unos agentes de policía escuchan una prueba que no tiene implicación directa con el caso de forma sorpresiva (prueba independiente, fortuita y lícita).

El Supremo desestima el motivo casacional por considerar suficientemente motivado el auto que acordaba las intervenciones telefónicas del caso que se discutía y por considerar que el hecho de que la prueba fundamental sobre ese caso proviniese de otro, en el que había sido hallada de forma fortuita desvirtuaba suficientemente el nexo entre ambos medios y otorgaba al hallazgo suficiente prueba de cargo como para enervar la presunción de inocencia, apoyándose para ello en el derecho europeo comparado : *“la motivación resulta suficiente, dado que no solo se basa en una genérica sospecha [...] sino en un hallazgo casual que tuvo motivo en otra causa que tramitaba el mismo juzgado”*<sup>100</sup> y en el mismo sentido: *“en el derecho procesal penal europeo, la regla que rige al respecto viene a establecer que si los hallazgos casuales fueron obtenidos en condiciones en las que se hubiera podido ordenar la interceptación de las comunicaciones telefónicas, la utilización de los mismos en otra causa no vulnera ningún derecho [citando además una ordenanza penal alemana así como el código de procedimientos penales italiano]”*<sup>101</sup>.

Por tanto, como puede desprenderse del razonamiento del tribunal, la accidentalidad del hallazgo permite otorgar independencia absoluta al medio probatorio, permitiendo, por ende, ser valorada en el proceso a través del testimonio de los agentes que la obtuvieron.

Hasta aquí hemos detallado este primer grupo de excepciones que consideramos como lógicas o razonables por servir de instrumento de lucha para el derecho penal impidiendo a los criminales evadirse de la acción de la justicia. Pasamos ahora a aquel grupo que como señalamos, sitúa la eficacia refleja de la regla de exclusión prácticamente en la cima de la restricción.

Llegados a este punto y como ya señalamos al comienzo de este epígrafe, son estas tres excepciones las que consideramos más laxas o, por decirlo de otra manera, aquellas que no pretendían eviscerar el núcleo duro de la prueba ilícita, lo que hace que no advirtamos un verdadero cambio respecto al caso Falciani. Por el contrario, son las excepciones que restan por detallar en las que encontramos un verdadero cambio en el sentido que en adelante explicaremos.

---

<sup>100</sup> FJ 3, STS 1313/2000, de 21 de julio.

<sup>101</sup> FJ 4, ibidem.

## 7.d. La excepción de la conexión de antijuricidad

Es inescindible al tratar esta teoría señalar la importancia jurisprudencial que la misma merece. Numerosos autores (LÓPEZ ORTEGA, JUANES PECES, MIRANDA ESTRAMPES, entre otros) comparten la idea de que la teoría de la conexión de antijuricidad, además de representar una depurada evolución técnica de la teoría ya estudiada de la prueba jurídicamente independiente, constituye la “excepción más importante a la regla de la eficacia refleja de la prueba ilícita”<sup>102</sup>. Se recoge por primera vez en la STC 81/1998, de 2 abril y, como suele ser habitual en este tipo de recursos, al hilo de un delito de tráfico de drogas en el que la droga se incautó en un dispositivo policial articulado con base en las escuchas telefónicas que habían sido practicadas de manera ilegal y, consecuentemente, se había vulnerado el derecho a un juicio todas las garantías (24.2 CE) por fundamentar el fallo sobre pruebas ilícitamente obtenidas por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (18.3 CE).

Aquí el centro de la cuestión va más allá de la calificación jurídica de la intervención telefónica como ilícita o no, sino que orbita en torno a la conexión existente entre la prueba originaria y la derivada, y si esa ilicitud originaria, en caso de existir, pudiera transmitirse también a la prueba derivada.

Respecto a la primera de las cuestiones, en el FJ 6, el constitucional valida el criterio sentado anteriormente del Supremo confirmando la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por parte de los agentes y generando la ilicitud probatoria de las escuchas telefónicas, con la consiguiente imposibilidad de valoración de las mismas: “*la necesidad de tutela inherente al derecho al secreto de las comunicaciones quedó satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, que ya hizo efectiva el Tribunal Supremo*”<sup>103</sup>.

Sabiendo entonces que la prueba obtenida directamente de las escuchas telefónicas es ilegal queda ir al verdadero fondo del asunto: examinar si cabe contagiar esa ilicitud a la prueba derivada de aquellas escuchas. Para ello, el Constitucional da un paso más en su fundamentación jurídica respecto la teoría de la prueba jurídicamente independiente. Ahora el examen de conexión no pende únicamente de un criterio natural o intrínseco (respecto a la índole, características y resultado de la vulneración) entre las dos pruebas, sino que se añade ahora un análisis “*externo de las necesidades esenciales de tutela que la realidad y la efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige*”<sup>104</sup>. Resulta necesario este doble examen ya que, según VILLEGAS GARCÍA, pueden darse determinadas situaciones en las que, a pesar de existir una conexión natural entre ambos medios probatorios, hay una ausencia de conexión desde el punto de vista jurídico que

---

<sup>102</sup> PLANCHADELL GARGALLO, Andrea y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Prueba prohibida” en ..., *op.cit.* p. 396.

<sup>103</sup> FJ 6, STC 81/1998, de 2 de abril, ECLI:ES:TC:1998:81.

<sup>104</sup> FJ 4, *Ibidem*.

permite la valoración procesal de la prueba “derivada”, que es independiente y por tanto lícita<sup>105</sup>.

Pasa entonces, a partir del FJ 5 a realizar este examen exhaustivo, que bien podría calificarse como ciertamente artificiosa. En primer lugar, hace mención de que, desde el punto de vista de la índole y características no se desprende con absoluta certeza que no se hubiesen cumplimentado todos los presupuestos para practicar la injerencia en el derecho fundamental. Por ello, y lo que resulta más importante es el resultado de esta injerencia. Continúa en el mismo FJ argumentando por qué no da lugar directamente a la ilicitud del resto de medios probatorios y básicamente señala que “*el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la constitución no fue indispensable ni determinante por sí solo [...] se hubiera obtenido también*”<sup>106</sup> y, en consecuencia, desde el punto de vista de la índole y el resultado, hay un primer nexo que rompe la conexión de antijuricidad entre ambas pruebas. Es decir, considera el TC que lo obtenido de las escuchas telefónicas no fue más que un “*dato neutro*” y “*dadas las sospechas que recaían sobre él*”, irrelevante en la obtención final de la verdad. En consecuencia, según el “*juicio de experiencia*” del Tribunal, se rompe absolutamente el nexo de antijuricidad en base al examen realizado.

Por ello, una vez demostrado que no existe esa conexión de antijuricidad entre ambas pruebas, no queda más que señalar que el derecho al secreto de las comunicaciones queda suficientemente protegido con la exclusión de la prueba originaria: “*no puede estimarse la vulneración [...] que ha sido reparada por el Tribunal Supremo en la vía previa, al excluir la valoración de las conversaciones intervenidas*”<sup>107</sup>, no necesitando por ello una especial necesidad de protección. Muy inteligentemente, con este examen, el constitucional atiende las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental y al secreto de las comunicaciones al invalidar la prueba nacida de la vulneración, pero complementariamente, al desvincularla de la prueba derivada, permite a esta última ser apreciada de forma legítima<sup>108</sup>.

Con esta doctrina (confirmada ampliamente tanto por el propio TC como por el TS<sup>109</sup>), fija una nueva corriente doctrinal que abre dos caminos: las dos excepciones que restan por explicar que, en conjunto, como señalan GÓMEZ COLOMER y PLANCHADELL GARGALO, vendrá a reforzar la teoría de la prueba independiente en

---

<sup>105</sup> VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles, “La teoría de conexión de antijuricidad y las declaraciones autoincriminatorias: requisitos para la utilización como prueba de cargo de estas declaraciones en supuestos de declaración de nulidad de intervenciones telefónicas”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 93, Quinta Época, 2012, p. 75.

<sup>106</sup> FJ 5, STC 81/1998 ..., *op. cit.*

<sup>107</sup> FJ 7, *ibidem*.

<sup>108</sup> COSTA TORNÉ, María Cinta, “La prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales y sus excepciones”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 11, 2012, p. 147.

<sup>109</sup> Podemos citar, a modo de ejemplo: STC 14/2001, de 21 de enero; STC 66/2009, de 9 marzo; STS 316/2011, de 6 de abril.

relación con la conexión de la antijuricidad<sup>110</sup> y terminará por ser el germen de la debilitación máxima de la prueba ilícita.

Entendidos los razonamientos que llevaron a nuestro TC a admitir la excepción de conexión de antijuricidad, ha lugar que hagamos mención a la influencia que el caso Falciani tuvo en esta línea jurisprudencial (así como en las dos excepciones siguientes, que no son más que dos bifurcaciones de esta). En nuestra opinión, el caso Falciani ha tenido una proyección positiva y continuista respecto a la restrictiva doctrina de la conexión de antijuricidad que también permite la otra cara de esta moneda: un efecto destructor de la institución de la prueba ilícita.

En un primer término de esta nuestra consideración, vemos oportuno señalar la innegable similitud entre ambas sentencias ya que, a una interpretación jurídica tortuosa, compleja y retorcida, se añade el hecho de que ambas sentencias basan prácticamente su fundamentación jurídica en este examen desde una perspectiva “interna” y “externa” que permita una “apreciación judicial conforme a un juicio de experiencia” sobre la posibilidad de valoración del medio probatorio. Este hecho se nos revela como razón suficiente para señalar que la más actual STC 97/2019 sigue a pies juntillas el camino que la STC 81/1998 inició. Es más, no solo lo sigue, sino que bien podríamos decir que lo finaliza, exterminador de la institución de la prueba ilícita.

Podría parecer dantesca esta consideración sobre los efectos del caso Falciani en la institución de la prueba ilícita, y verdaderamente lo es. Aquella STC 81/1998 dejaba aun el pequeño bastión de la ilicitud de la prueba originaria puesto que lo que ratificó fue la desvinculación jurídica entre una prueba originaria y las que derivan de ella, aunque lo hiciese de una forma artificiosa. Pero con el caso Falciani ya no se considera ilícito ni si quiera aquello que es obtenido mediante una vulneración directa de los derechos fundamentales.

Dejando a un lado lo innecesario que consideramos ese juicio ponderativo tanto intrínseco como extrínseco (pues ha sido altamente comentado), nos parece oportuno señalar un extremo sobre el que se ha hecho poco hincapié en la jurisprudencia y es que la Sentencia del caso Falciani viene de nuevo a ratificar que este juicio ponderativo sea un “juicio de experiencia” del juzgador. Parece cuanto menos alarmante apuntar con tanta ligereza que las consideraciones a cerca de los derechos más fundamentales de nuestro ordenamiento, los más necesitados de protección por su conexión más íntima con los valores superiores del ser humano, se hagan depender del amplísimo y abierto poder que se le da a un juez y a su “experiencia”.

Esto nos lleva a señalar otro de los efectos más relevantes que tiene el caso Falciani sobre esta excepción y es que ese juicio de experiencia, en el que se concede un irrestricto poder al juzgador no depende ya ni si quiera de una autoridad judicial que se encargue de velar por la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico (la CE), sino que ya es un juicio que puede ser debatido y resuelto en el seno de un propio proceso ordinario debido a que

---

<sup>110</sup> PLANCHADELL GARGALLO, Andrea y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Prueba prohibida” en ..., *op.cit.* p. 408.

de nuevo, la STC 97/2019 hace uso de conceptos equívocos y forzados (como el de “proceso justo y equitativo”) para incluso arrebatarse a la prueba ilícita el origen constitucional que, podríamos decir, era la esencia de su ser.

A modo de resumen, creemos que puede resultar muy ilustrativo resumir tres panoramas jurídicos que permiten ver como el efecto del Falciani no es más de un refuerzo del cambio de criterio que ya pergeñó la STC 81/1998.

En un primer lugar, el arranque de la prueba ilícita como garantía constitucional, autónoma y objetiva de un sistema jurídico que otorga a sus derechos fundamentales el valor y la posición jerárquica que se merecen; con una práctica vocación de incondicionalidad que se predisponía a otorgar un claro desvalor a toda prueba que atentase contra estos derechos fundamentales.

Seguidamente, el primer cambio sustancial, que vino con la STC 81/1998 y que ya imponía una gran veda a esa vocación de absolutez que tenía la prueba ilícita y que permitía que las pruebas derivadas que fuesen jurídicamente independientes de otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales fuesen valoradas en juicio como medio probatorio intachable. Resultando muy destacable ese examen “interno y externo” y esa amplitud de apreciación permitida al “juicio de experiencia” del juez.

En última instancia, lo que nosotros hemos considerado la estocada final de la prueba ilícita con la STC 97/2019 que tiene como efecto único y fundamental sumir la prueba ilícita en la más profunda oscuridad jurídica: se le ha privado de su carácter constitucional, degradándola a un plano procesal ordinario; se le ha quitado el carácter objetivo, haciéndola depender del juicio de experiencia de un juez; se la hace depender de criterios artificiosos que lejanamente están vinculados con los derechos fundamentales en sí.

En cuanto a las dos excepciones que restan, no se trata más que de matizaciones concretas de este efecto que venimos comentando. La confesión voluntaria del inculpado hace extensible el razonamiento de la conexión de antijuricidad a este medio probatorio específico y con la excepción de buena fe lo que se hace es ahondar aún más en el carácter subjetivo de la prueba puesto que, si la policía no tenía intención de vulnerar los derechos fundamentales, su actuación es perfectamente valorable a efectos procesales.

A fin de cuentas y de modo esclarecedor, podemos decir que la influencia que el caso Falciani ha tenido en la prueba ilícita, concretamente en las excepciones a la misma, ha sido rotundamente nefasto y ha terminado de extraer a la prueba ilícita los pocos pilares erguidos y sanos que quedaban en el edificio de la prueba ilícita, invirtiendo además la situación: ahora, la regla general es salvar bajo cualquier concepto la eficacia de un medio probatorio, mientras que la excepción y lo raro es que se aparte del proceso aquella prueba que se haya obtenido vulnerando un derecho fundamental.

### 7.e. La excepción de confesión voluntaria del inculpado.

Como ya adelantamos anteriormente, la excepción que ahora explicamos, brota de la teoría de la conexión de antijuricidad y aprovechando su razonamiento, avanzó

haciéndose más específica con un medio probatorio concreto y su nexo causal respecto de una prueba originaria: la confesión del inculpado.

Ibidem de lo que venimos señalando, la Sentencia que recoge esta teoría (STC 161/1999, de 27 de septiembre) nace con motivo de un presunto delito contra la salud pública. No obstante, no fueron intervenidas aquí conversaciones telefónicas, sino que se practicó un registro domiciliario que fue declarado ilegal. A pesar de este hecho, en el que fue descubierta la mercancía ilegal, fue el propio inculpado el que, posteriormente, reconoció completa y objetivamente los hechos; lo que permitió al TC, como dice PLANCHADELL GARGALLO, condenar al causado por no considerar que existiese conexión de antijuricidad alguna entre el registro ilegal y la confesión voluntaria, que por sí sola, enervaba la presunción de inocencia<sup>111</sup>.

Ya en los fundamentos de hecho de la Sentencia, se fija como el acusado, en la fase del juicio oral y tras impugnar la validez probatoria de las pruebas directas (la entrada y registro), llevó a cabo ciertas declaraciones con carácter autoinculpatoria. En base a estos antecedentes, se arguyen que la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva; al no haberse declarado la nulidad del juicio oral en la sentencia de casación y haberse juzgado en base a algo que era nulo. Del mismo modo la lesión del derecho a ser informado por la acusación, a declarar contra uno mismo y a no declararse culpable; por basarse de nuevo el juicio en un Auto de entrada y registro que fue declarado nulo. Ahora bien, de forma subsidiaria a esas dos pretensiones (que lo que pretendían verdaderamente era la nulidad del juicio oral), se plantea el motivo también de vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por decir el recurrente que al ser nula la entrada y registro, la droga “no constaba en autos” y por tanto, la declaración autoinculpatoria, no tenía fundamento por sostenerse, nuevamente, en algo que ya había sido declarado nulo; es decir, de no ser declarada la nulidad del juicio, pretendía en última instancia declarar la nulidad de sus propias confesiones autoinculpatorias por derivarse del registro ilegal.

A pesar de la subsidiariedad de este último motivo, es el que da pie al TC para iniciar su fundamentación jurídica al considerar que “*su estimación conllevaría como efecto la retroacción de las actuaciones*”<sup>112</sup>, y por consiguiente, la nulidad del juicio oral tan pretendida por el recurrente. El TC, admitiendo la ya señalada ilegalidad del registro domiciliario (y del Auto, por ende) hace una separación entre el plano jurídico y el fáctico respecto al hecho de la droga, afirmando que, el hecho de que el registro sea ilegal no implica que la droga no exista y que no conste en autos: “*la lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria no tiene en sí mismo consecuencias fácticas, es decir, no permite afirmar que "no fue hallada la droga" o que la misma "no existe, porque no está en los autos". Los hechos conocidos no dejan de existir como consecuencia de que sea ilícita la forma de llegar a conocerlos*”<sup>113</sup>. En consecuencia, dado la existencia de un hecho fáctico real “*No puede aceptarse la afirmación, hecha en la demanda, de que no se le podía preguntar por la droga, pues su hallazgo, lo hemos*

---

<sup>111</sup> PLANCHADELL GARGALLO, Andrea y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Prueba prohibida” en ..., *op.cit.* p. 409.

<sup>112</sup> FJ 2, STC 161/1991, de 27 de septiembre, ECLI:ES:TC:1999:161.

<sup>113</sup> FJ 2, STC 161/1991..., *op.cit.*

*dicho antes, había sido objetivado en las actuaciones, por más que las pruebas que daban cuenta de él, antes de su interrogatorio, no podían utilizarse válidamente para fundar su condena*<sup>114</sup>, y por tanto, entiende el constitucional que no ha podido vulnerarse los derechos a no confesar contra sí mismo y a no declararse culpable.

En última instancia, resuelve la pretensión relativa a la lesión del derecho a la presunción de inocencia (en la que coincidían el recurrente y el Ministerio Fiscal) y lo hace desde el óbice de su ya sentada teoría de la conexión de antijuricidad. Considera cierto en una primera parte del FJ 4, que de haberse fundado la condena exclusivamente en elementos obtenidos con lesión de derechos fundamentales, se habría vulnerado, además de la presunción de inocencia, el derecho a un proceso con todas las garantías; esto es verdaderamente lo que entiende el recurrente, al considerar su declaración autoinculpatoria lesiva del derecho fundamental ya que podía haber actuado de otra manera si hubiese sabido que las pruebas eran ilícitas.<sup>115</sup>

Sin embargo, el razonamiento del recurrente pretende entablar una conexión meramente causal entre el derecho a la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la presunción de inocencia siendo esta insuficiente pues, el decir que, de no haberse registrado el domicilio, el acusado no hubiese declarado contra sí mismo *“es insuficiente en términos jurídicos [...] aunque la conexión causal es requisito necesario [...] no es un requisito suficiente”*<sup>116</sup>.

El verdadero criterio válido a ojos del TC es el que él mismo ya había sentado: la conexión de antijuricidad. Criterio para cuyo examen había de indagar en la índole y características de la vulneración del derecho. Aplicando este examen al caso mencionado, califica la declaración del inculcado como jurídicamente independiente por considerar que su derecho a no declararse culpable ni a declarar contra sí mismo queda suficientemente cubierto por la asistencia letrada que se le presta tanto en situación de privación de libertad como en el juicio oral, por lo que su declaración *“especialmente la prestada en el juicio oral, poder ser valorado siempre como prueba válida”*<sup>117</sup>. En este sentido, refuerza su argumentación al señalar que la espontaneidad y voluntariedad de la decisión de declarar contra sí mismo rompen *“cualquier conexión causal con el acto ilícito”*<sup>118</sup>, tanto desde un punto de vista interno (libertad de decisión) como externo (separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración). Por último, se declara la imposibilidad de hacer girar la validez probatoria en los móviles internos del acusado no siendo posible declarar la inutilidad de las declaraciones por considerarse coaccionado por las pruebas en las que se había basado su condena, haciendo referencia a su anterior STC 81/1995 señala el TC que *“no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención”*.

---

<sup>114</sup> FJ 3, ibidem.

<sup>115</sup> *“Según su razonamiento, de haberse declarado en el primer momento la invalidez de la entrada y registro, sus manifestaciones hubieran sido otras, y otra hubiera sido su estrategia defensiva”*, ibidem.

<sup>116</sup> FJ 4, ibidem.

<sup>117</sup> Ibidem.

<sup>118</sup> Ibidem.

En lo que respecta al TS, ha seguido del mismo modo esta doctrina, admitiendo la posibilidad de utilizar la confesión voluntaria del inculcado como única prueba de cargo para fundar una sentencia condenatoria, citando por ejemplo las SSTs 2012/2000, de 26 de diciembre o 498, de 24 de abril.

En palabras de COSTA TORNÉ, con esta Sentencia vino el TC a admitir la idoneidad de fundamentar una sentencia en la confesión voluntaria y espontánea de un acusado a pesar de que la condena pueda derivar de una actuación ilícita si el nexo de antijuricidad ha quedado desvanecido. Se da esta circunstancia cuando en la obtención de la confesión del inculcado se han atendido a todas las garantías y cauces procesales y constitucionales pertinentes<sup>119</sup>, circunstancia que en la Sentencia que acabamos de analizar queda suficientemente subsanada con la declaración de ilicitud del Auto de entrada y registro y con la suficiente asistencia jurídica prestada al inculcado hasta el momento de declarar contra sí mismo (entendiéndose que esta asistencia le había permitido conocer la posibilidad de que no tenía que declarar contra sí mismo). Una vez más, el TC viene a dejar la eficacia de la prueba ilícita un poco más reducida.

### 7.f.Excepción de la buena fe en la actuación policial.

Señala COSTA TORNÉ que según esta excepción, si en sus fines indagatorios hubiese actuado la policía de buena fe y con absoluto respeto a los derechos fundamentales, no tiene sentido alguno desvirtuar la fuerza probatoria de los medios así obtenidos, pues el efecto disuasorio que pretende la prueba ilícita queda absorbido en la “buena fe” de la actuación policial: cuando la actuación de los agentes no perseguía vulnerar los derechos constitucionales, “no hay razones funcionales que justifiquen prescindir de la evidencia así obtenida”<sup>120</sup>.

A pesar de haberse utilizado por primera vez en el derecho norteamericano, la excepción fue acogida por el derecho nacional en la STC 22/2003 de 10 de febrero, en la cual, a pesar de reconocer que se había obtenido el medio probatorio con vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (18.3 CE), se permitió su valoración por el hecho de que los agentes en todo momento “*creyeron estar actuando conforme a la Constitución*”<sup>121</sup>. La citada Sentencia, analizó un caso en el que la policía entró en el domicilio del acusado con el consentimiento de la mujer de este y en el registro de la vivienda, se hallaron dos armas de fuego, una de las cuales era ilegal. El amparo solicitado reitera los motivos casacionales anteriores señalando que se ha vulnerado, de una parte, el derecho a la inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE por no existir en el supuesto de hecho los requisitos constitucionales necesarios para la entrada: no existían indicios de flagrante delito, no hubo autorización judicial previa y el consentimiento prestado por el cónyuge no puede considerarse suficiente, entre otros motivos por concurrir una situación de contraposición de intereses. De otro lado, alegan también la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y presunción de inocencia del 24.2 CE por

---

<sup>119</sup> COSTA TORNÉ, María Cinta, “La prueba ilícita por ...”, *op.cit.* pp.149-151.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p.1 53.

<sup>121</sup> FJ 10, STC 22/2003, de 10 de febrero, ECLI:ES:TC2003:22.

haberse valorado como medio probatorio los efectos decomisados en un registro considerado ilícito por el recurrente.

En primer lugar, se centra el TC en resolver la posible vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (18.2 CE) y para ello entra en examinar cada uno de los requisitos que calificarían una invasión en un domicilio como constitucional. Parte señalando que el derecho a la inviolabilidad domiciliaria tiene un carácter negativo<sup>122</sup> y rigurosamente taxativo.

En cuanto a los requisitos propiamente dichos, se pronuncia sobre si existía o no flagrancia que hubiese motivado la entrada y, a pesar de que en un primer momento se dio el requisito de la flagrancia (los agentes actuaron ante un delito flagrante de amenazas, que demuestran los dos tiros que el acusado dio con la escopeta de la que sí poseía licencia) al ser trasladado a dependencias policiales la flagrancia quedó desvirtuada y por tanto *“habiendo cesado la situación de flagrancia delictiva, la posterior actuación policial excede del ámbito de injerencia autorizado por dicha flagrancia”*<sup>123</sup>.

No existiendo flagrancia ni autorización judicial (hecho no controvertido, pues en ningún momento se ha discutido la existencia de una orden judicial de entrada), resta analizar si existía consentimiento, concretamente si el consentimiento de la esposa era válido para autorizar la entrada. De igual modo, entiende el TC que en *“una situación de convivencia normal”* sí podría operar el consentimiento del cónyuge como válido para autorizar la entrada. Pero dado que la esposa se encontraba en una situación de *“contraposición de intereses”* con el acusado, su consentimiento no era suficiente y, por ende, al no existir ni flagrancia, ni autorización, ni consentimiento, entiende el TC que existe una vulneración al derecho a la inviolabilidad del domicilio, y así lo señala: *“nos conduce a declarar que el registro practicado por la policía sin autorización judicial y con el solo consentimiento de la esposa vulneró el derecho del recurrente a la inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE”*<sup>124</sup>.

No obstante, el verdadero punto de inflexión de la sentencia lo encontramos en el FJ 10, donde se analizan los efectos derivados que la vulneración comportan en el proceso. Así, termina señalando el TC que, a pesar de la necesidad de protección de los derechos fundamentales respecto de las pruebas derivadas de una lesión de un derecho fundamental, la particular circunstancia del caso llevó a los agentes a interpretar que el consentimiento de la esposa era conforme al Ordenamiento y a la Constitución. Esta situación interpretativa de los agentes, además de demostrar la ausencia de dolo en el registro, erradica cualquier necesidad de protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria y conlleva la inexistencia de vulneración del derecho al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (24.2 CE): *“La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado*

---

<sup>122</sup> *“Lo que se garantiza ante todo es la facultad del titular [...] de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona”* FJ 3, STC 22/2003 ..., *op.cit.*

<sup>123</sup> FJ 5, *ibidem*.

<sup>124</sup> FJ 9, *ibidem*.

*de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación”<sup>125</sup>.*

Sin embargo, ha de señalarse la existencia en esta Sentencia de un voto particular del magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez que ilustra a la perfección las dos corrientes de pensamientos que existen en torno al sistema de excepciones a la eficacia de la prueba ilícita. El magistrado se muestra extremadamente crítico quien advertía que hasta entonces no se había cuestionado la eficacia constitucional de la prueba ilícita y señalaba que *“pese a la buena fe policial [...] el registro así practicado ha producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que existe una relación directa entre ese hecho y el hallazgo de la pistola, relación de la que deriva la necesidad de exclusión de los resultados del registro del acervo probatorio en función de la idea de proceso justo, sin que esto pueda ponerse en cuestión por la menor gravedad de la vulneración y la también menor necesidad de tutela del derecho fundamental”<sup>126</sup>.*

En el mismo sentido crítico que el magistrado, señala MIRANDA ESTRAMPES que la comentada Sentencia no supone un límite o una excepción a regla de exclusión de la prueba ilícita, sino que la neutraliza verdaderamente al admitir la utilización de elementos probatorios que han sido obtenidos no de manera indirecta, sino procediendo ahora directamente de una vulneración de un derecho fundamental<sup>127</sup>

## 8. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha resultado enormemente revelador respecto de un fenómeno que pasa desapercibido en la mayoría de estudios relacionados con el ámbito jurídico. A pesar de que la prueba juega un papel muy importante en el Derecho Procesal, en la gran mayoría de las ocasiones no se le emplea la dedicación necesaria a la hora de su estudio.

Teniendo en cuenta la experiencia personal, consideramos que la implicación e importancia que tiene la prueba en el proceso penal no se ve suficientemente reflejada en los estudios jurídicos. En concreto, el fenómeno de la prueba ilícita, obtenida con vulneración de derechos fundamentales, está prácticamente limitado a una mera cita anecdótica en el programa.

No obstante esta escasa importancia en el ámbito universitario, podemos concluir que, tras el estudio del complejo fenómeno de la prueba ilícita, hemos sido capaces de apreciar con suficiente nitidez la envergadura de esta institución. Dejando a un lado la evolución y el estado actual en el que se encuentre, la prueba ilícita posee en sí misma un valor que debería ser puesto en una de las más altas esferas del Derecho Procesal puesto que consigue la última protección de los derechos a los que el ordenamiento jurídico español ha otorgado más importancia. Al desvirtuar el valor probatorio de todo aquello que afecte a un derecho fundamental se consigue (o al menos se persigue), de un lado, el desincentivar llevar a cabo cualquier actuación que vulnere estos derechos (tanto desde una perspectiva pública, como privada) y, de otro, no tomar en consideración las

---

<sup>125</sup> FJ 10, STC 22/2003 ..., *op.cit.*

<sup>126</sup> Voto particular del magistrado Guillermo Jiménez Sánchez en la citada STC 20/2003.

<sup>127</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La regla de exclusión probatoria ...”, *op.cit.*, p. 42.

actuaciones que, a pesar de involuntarias, supongan un detrimento de estos valores superiores.

A pesar de esta intención positiva y protectora de la propia esencia de los derechos calificados como fundamentales en nuestra CE, consideramos que el panorama jurídico español cometió un error garrafal al no refrendar en una norma legal de forma extensa aquel primer origen jurisprudencial que introdujo la STC 114/1984. Si desde un principio el legislador español hubiese recogido de una forma tasada y restrictiva cuáles eran los supuestos en los que un medio probatorio se podía llegar a considerar ilícito (con la consiguiente inutilidad de su validez), no hubiese abierto en ningún momento el camino a la inseguridad jurídica que aquel escueto artículo 11 de la LOPJ permitió en 1985.

En base a esta incertidumbre jurídica, que le otorgó desde el principio un carácter más jurisprudencial que legal, hemos podido vislumbrar como el fenómeno de la prueba ilícita ha sufrido una involución que prácticamente la ha convertido en un fenómeno más anecdótico que real. Como bien se desprende del propio análisis de la materia, hemos tenido muy en cuenta a autores como ASENSIO MELLADO y MIRANDA ESTRAMPES, muy críticos con el desarrollo de la prueba ilícita. En el mismo sentido que estos autores, consideramos que la prueba ilícita tuvo un origen rígido, que no permitía valoraciones subjetivas ni posiciones concretas, sino que identificaba toda vulneración de un derecho fundamental con una absoluta irrelevancia probatoria.

Es entonces cuando comienza el fenómeno de las excepciones probatorias, las cuales, a nuestro parecer, fueron un arma de doble filo para la prueba ilícita: si bien nacieron con un interés pro-víctima (pues había medios probatorios que, a pesar de ser en un lejano origen vulneradores de derechos fundamentales, implicaban concretas circunstancias que permitían su valoración; v. gr, la excepción de confesión voluntaria del inculpado), terminaron derivando en unas consecuencias que, verdaderamente restringían completamente a la prueba ilícita de todo su efecto. En este sentido, hemos podido ver como en la actualidad prácticamente cualquier prueba que vulnere derechos fundamentales puede finalmente ser apreciada en un juicio en base a criterios subjetivos y volubles, que hagan depender esa valoración más de la opinión o experiencia del juez que de la propia intromisión del medio probatorio en la esfera de los derechos fundamentales.

Por ello, la conclusión que extraemos de este trabajo es agridulce, ya que a pesar de habernos permitido conocer un aspecto tan hartamente abandonado en las enseñanzas jurídicas, también nos ha mostrado como esta importancia es únicamente el eco de lo que fue un día, pues cada día se introducen más excepciones que impiden que una vulneración de los derechos fundamentales pueda ser sancionada con su desvalor en el ámbito procesal. Es por todo lo mencionado nuestro más absoluto deseo que se vuelvan las tornas en este ámbito y que todo el camino que se ha desandado en la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, se vuelva a andar hacia un horizonte de seguridad y estabilidad que permita que lo que jamás debió ser valorado por entorpecer el libre disfrute de los derechos principales de nuestra CE, jamás pueda ser apreciado sustentándose en fingidos argumentos.

## 9. BIBLIOGRAFÍA.

- ABASCAL JUNQUERA, Alejandro, “Ilicitud probatoria: caso Falciani, Guateque y Barbulescu” en PÉREZ-CRUZ MARÍN, Agustín Jesús y ROCA MARTÍNEZ, José María, *La prueba prohibida a debate. II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2022.
- ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel, “La exclusionary rule de Estados Unidos. Y la prueba ilícita penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos” Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2013.
- ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita: un estudio comparado*, Segunda edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2011.
- ASECIO MELLADO, José María, “La prueba ilícita y su triste destino”, en *La administración de justicia en España y en América*”, MARTÍN RÍOS, Pilar y PÉREZ MARÍN, María Ángeles, Astigi, Sevilla, 2021.
- ASECIO MELLADO, José María, “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”, *Diario la Ley*, n.º 9499, Sección Tribuna, 2019.
- ASECIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 155.
- BARCIELA PÉREZ, José Antonio, “La validez probatoria de la denominada <<Lista Falciani>> a tenor de la reciente jurisprudencia”, *Revista Quincena Fiscal*, n.º 20, 2017, p.145-170.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, “La admisibilidad de las listas de evasores sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales”, *Revista Indret*, n.º 3, 2015.
- BUENDÍA RUBIO, M.ª Carmen, “La prueba ilícita penal: el artículo 11.1 de la ley orgánica del poder judicial. Provisión de la prueba violentando derechos o libertades fundamentales”, *DRETS. Revista valenciana de reformas democràtiques*, n.º 2, 2016.
- COSTA TORNÉ, María Cinta, “La prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales y sus excepciones”, *Revista de Derecho UNE*, n.º 11, 2012.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Reflexiones sobre prueba ilícita”, *LOGOS*, Revista científica del Centro Universitario de la Guardia Civil, n.º Especial de presentación, febrero, 2023.
- ESPÍN LÓPEZ, Isidoro, *La prueba ilícita y su efecto reflejo. Una toma de posición en favor de la doctrina de la conexión de antijuricidad*, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 63, 2021.
- FUENTES SORIANO, Olga, “La prueba prohibida aportada por particulares a la luz de las nuevas tecnologías” en ASECIO MELLADO, José María y ROSELL CORBELLE, Alba, *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Vicente Gimeno Sendra Liber Amicorum*, Castillo de Luna. Ediciones jurídicas, Madrid, 2020.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Segunda edición. Castillo de Luna. Ediciones jurídicas, Madrid, 2018.
- GÓMEZ AMIGO, Luis, “Tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso penal: del régimen actual al anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, n.º 4, 2021.

- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y BARONA VILAR, Silvia, *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- JARA BUSTOS, Francisco, “La prueba ilícita en materia laboral. La regla de exclusión más amplia en el derecho chileno”, *Revista chilena de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 2, 2011.
- LÓPEZ YAGÜES, Verónica, “Génesis e involución de la regla de exclusión probatoria penal” en MARTÍN RÍOS, Pilar y PÉREZ MARÍN, María Ángeles *La administración de justicia en España y en América*”, Astigi, Sevilla, 2021.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Pablo, “La relativización de la prueba ilícita en el proceso penal español”, *Anales de derecho*, n.º 41, 2024.
- MIGUEL BARRIO, Rodrigo, *La prueba tecnológica en el proceso laboral: tendencias y desafíos*, Dykinson, Madrid, 2023.
- MIJANGOS, Javier, “Prueba ilícita”, *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, n.º 5, septiembre de 2013 – febrero 2014.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n.º 22, 2010.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. 2 edición*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2008.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense: crónica de una muerte anunciada*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2020.
- MOSQUERA BLANCO, Augusto Javier, “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.
- PICÓ JUNOY, Joan, *El Derecho a la prueba en el proceso civil*, J. María Bosch Bosch Editor, Barcelona, 1996.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Prueba prohibida” en GONZÁLEZ CANO, María Isabel y ROMERO PRADAS, María Isabel, *La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “¿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, 2017.
- TERRASSA ORTUÑO, Francisco Jesús, “Prueba penal ilícita: fundamento de la regla de exclusión y sus excepciones”, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, n.º 17, 2019.
- VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles, “La teoría de conexión de antijuricidad y las declaraciones autoincriminatorias: requisitos para la utilización como prueba de cargo de estas declaraciones en supuestos de declaración de nulidad de intervenciones telefónicas”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 93, Quinta Época, 2012.

- ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio y GUTIÉRREZ ATANZA, Diego Alberto, “La prueba ilícita una reflexión tras la STS de 23 de febrero de 2017”, Revista Aranzadi de Derecho Procesal y Penal, N.º 47, 2017.

### 9.a. Legislación

- Constitución Española.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

### 9.b. Jurisprudencia

- SAP Madrid, 280/2016, de 29 de abril. ECLI:ES:APM:2016:3742.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984 de 29 de noviembre. ECLI:ES:TC:1984:114
- Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1999, de 27 de septiembre. ECLI:ES:TC:1999:161
- Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2003, de 10 de febrero. ECLI:ES:TC2003:22).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998, de 2 de abril. ECLI:ES:TC:1998:81.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 86/91995, de 6 de junio. ECLI:ES:TC:1995:86.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio. ECLI:ES:TC:2019:97.
- Sentencia del Tribunal Supremo 116/2017 de 23 de febrero. ECLI:ES:TS:2017:471.
- Sentencia del Tribunal Supremo 489/2018, de 23 de octubre. ECLI:ES:TS:2018:3754
- Sentencia del Tribunal Supremo 974/1997, de 4 de julio. ECLI:ES:TS:1997:4754