



**Universitat de les
Illes Balears**

Facultad de Derecho

Memoria del Trabajo Fin de Grado

LA SITUACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA TRAS LA LISTA FALCIANI

IAN WANDERSLEBEN LUCERO

Grado en Derecho

Año académico 2019-20

DNI del alumno: 45193681S

Trabajo tutelado por JAIME CAMPANER MUÑOZ
Departamento de Derecho Procesal de la UIB

Se autoriza a la Universidad a incluir este trabajo en el Repositorio Institucional para su consulta en acceso abierto y su difusión en línea, con finalidades exclusivamente académicas y de investigación.	Autor		Tutor	
	Sí	No	Sí	No
	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. PRUEBA ILÍCITA.....	3
2.1. CONCEPTO	3
2.2. EFECTOS PRUEBA ILÍCITA	4
2.2.1. PROHIBICIÓN DE ADMISIÓN Y VALORACIÓN.....	4
2.2.2. EFICACIA DIRECTA Y REFLEJA.....	4
2.3. FUNDAMENTO REGLA DE EXCLUSIÓN.....	5
2.3.1. MODELO NORTEAMERICANO	5
2.3.2. MODELO CONTINENTAL EUROPEO	6
2.4. EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN	7
2.4.1. EXCEPCIÓN A LA EFICACIA DIRECTA: LA BUENA FE POLICIAL	7
2.4.2. EXCEPCIONES A LA EFICACIA REFLEJA:	8
2.4.2.1. FUENTE INDEPENDIENTE	8
2.4.2.2. DESCUBRIMIENTO INEVITABLE	8
2.4.2.3. NEXO CAUSAL ATENUADO	9
2.4.2.4. CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD	10
3. STS 116/2017: LA LISTA FALCIANI	12
3.1. SUPUESTO DE HECHO	12
3.2. FUNDAMENTOS DE DERECHO	12
3.2.1. FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN (EFECTO DISUASORIO).....	12
3.2.2. LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA POR UN PARTICULAR.....	13
3.2.3. ÁNIMO DE LUCRO DEL PARTICULAR.....	14
3.2.4. PRINCIPIO DE NO INDAGACIÓN.....	15
4. STC 79/2019: RECURSO DE AMPARO	17
5. CONCLUSIÓN.....	18
5.1. CONSECUENCIAS DEL FUNDAMENTO	18
5.2. FUNDAMENTO ERRÓNEO DEL TS.....	19
5.3. EL FUTURO DE LA PRUEBA ILÍCITA	20
6. BIBLIOGRAFÍA	22

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto analizar la STS 116/2017, 23 de febrero, y tratar de explicar los aspectos esenciales de la regla de exclusión probatoria, plantear la situación doctrinal de la misma tras la sentencia e intentar proponer una posible solución a la controversia.

El debate sobre la prueba ilícita y la regla de exclusión quizás sea uno de los temas mas controvertidos y complejos que trata la doctrina procesal penal. Históricamente, en los sistemas inquisitivos el interés publico y la búsqueda de la verdad material siempre han prevalecido sobre los derechos individuales. Sin embargo, desde el reconocimiento de los derechos fundamentales, la verdad no puede obtenerse a cualquier precio. A lo largo de este trabajo se analizarán aspectos como el fundamento, que como ya adelanto, tendrá una relevancia trascendental, así como otros que cabe tener en cuenta: el concepto, la eficacia y sus excepciones.

Respecto a la sentencia, que ha tenido mucha repercusión social y mediática, resuelve un procedimiento penal por un delito contra la Hacienda Publica tipificado en el art. 305 CP, que se inicia de oficio a raíz de la investigación de dicha lista por contener información personal y financiera de ciento treinta mil potenciales evasores fiscales de todo el mundo. Lo controvertido de este asunto es la eventual ilicitud de las pruebas obtenidas por Hervé Falciani, un informático francoitaliano que trabajaba en el banco suizo HSBC en Ginebra, que filtró una lista de evasores fiscales.

Nos encontramos ante una situación compleja en la que entran en conflicto diferentes derechos fundamentales: de una parte, el derecho a la prueba; y, de otra, el derecho a la presunción de inocencia, el cual se ve vulnerado en los casos en que se pretende desvirtuar dicha inocencia mediante medios de prueba que no son lícitos.

Pero, ¿cuál es la solución a esta controversia? ¿Qué intereses deben prevalecer? ¿Dónde se encuentra el equilibrio? ¿Mediante excepciones? De ser así, ¿cuáles?

2. PRUEBA ILÍCITA

2.1. CONCEPTO

Cuando se hace mención a la prueba ilícita, nos referimos a un concepto susceptible de confusión con otros similares que han ido utilizándose de forma indistinta por la doctrina y la jurisprudencia como son: «prueba prohibida o prohibiciones probatorias», «prueba ilegítimamente obtenida», «prueba ilícita», «prueba inconstitucional», «prueba nula», «prueba viciada», «prueba irregular», incluso «prueba clandestina».

El concepto de prueba ilícita puede clasificarse según (BUENDIA RUBIO, 2016) en dos. Por un lado, podemos definir la prueba ilícita mediante una concepción amplia, refiriéndose a la vulneración de normas del ordenamiento jurídico con independencia de la naturaleza de estas y, por otro lado, mediante una concepción restrictiva según la cual

únicamente nos referimos a derechos fundamentales (la mayoría de la doctrina se decanta por esta concepción).

En el presente trabajo nos referiremos a la misma en su concepción restrictiva, la más utilizada en la actualidad y según la cual puede definirse como aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales.

Esta se distingue del concepto de prueba irregular, que sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación de derechos fundamentales.

La anterior diferenciación conceptual tiene una enorme repercusión, pues la *exclusionary rule* y el reconocimiento de su eficacia refleja, tal y como explica con sumo acierto (MIRANDA ESTRAMPES, 2010), “*se debe predicar con exclusividad de la denominada prueba ilícita, mientras que la prueba irregular quedaría sometida al régimen de nulidad de los actos procesales, admitiéndose, en determinados casos, su subsanación y/o convalidación.*”.

2.2.EFECTOS PRUEBA ILÍCITA

2.2.1.PROHIBICIÓN DE ADMISIÓN Y VALORACIÓN

La prueba ilícita no debe ser admitida en el proceso de tal manera que una acusación fundamentada sobre la base de pruebas ilícitas debería calificarse de *infundada*, no pudiendo servir para formar la convicción del tribunal, siendo su consecuencia procesal la no apertura de juicio oral cuando fuere la única prueba de cargo y no concurren otras pruebas lícitas independientes.

No obstante, el hecho de que una prueba ilícita hubiera superado el filtro de admisibilidad, no es obstáculo para negarle todo valor probatorio. En otras palabras, si la prueba ilícita se incorporó al proceso no impide la posibilidad de denunciar y apreciar su ilicitud y la consecuencia será la prohibición de su valoración por parte del tribunal sentenciador quien no podrá fundamentar un pronunciamiento condenatorio sobre la base de una prueba o pruebas ilícitas.

2.2.2.EFICACIA DIRECTA Y REFLEJA

En efecto, en coherencia con el apartado anterior, la eficacia directa de una prueba ilícita conllevará que esta no tenga ningún efecto, es decir, su exclusión del proceso y por tanto la imposibilidad de ser valorada.

Por otro lado, la eficacia indirecta o refleja¹ implica que la exclusión alcanza no sólo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas *derivadas* que, aunque han sido obtenidas lícitamente, tienen su origen en informaciones o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial. Es decir, no solamente

¹ El Tribunal Supremo español alude de forma gráfica al *efecto dominó*: STS (Sala Segunda) 6 de octubre de 1999.

prohíbe la valoración de la prueba ilícita sino también la de aquellas lícitas que se deriven o tengan su origen en la ilicitud inicial.

Esta doctrina de la eficacia refleja de la prueba ilícita tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, mediante la formulación de la denominada doctrina de los frutos del árbol envenenado². Inicialmente este efecto reflejo fue establecido en el asunto *Silverthorne Lumber Co. vs US* (1920)³, pero no fue hasta la sentencia de *Nardone vs US* (1939) cuando se instauró su célebre nombre: la teoría de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree*).

2.3.FUNDAMENTO REGLA DE EXCLUSIÓN

Como se ha avanzado, el fundamento de la regla de exclusión tiene una enorme relevancia ya que es aquel que justifica en uno u otro caso la admisión y aplicación de la exclusión probatoria, que tendrá en cada modelo una naturaleza, alcance y efectos diferentes. De este modo cabe distinguir entre dos modelos teóricos explicativos:

2.3.1.MODELO NORTEAMERICANO

En su origen, la *exclusionary rule* apareció directamente vinculada a las IV, V Y VI Enmiendas⁴ de la Constitución de EEUU, la *Bill of rights*, que prohíben, respectivamente, los registros y detenciones arbitrarias sin que exista causa probable o autorización judicial, las detenciones sin lectura de derechos (*Miranda warnings*) y la detención sin asistencia de Letrado. De este modo, nos encontramos ante un fundamento inicialmente constitucional.

Sin embargo, la Corte Suprema Federal norteamericana estableció con posterioridad que su verdadero y único fundamento era disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas⁵. Este efecto disuasorio aparece consagrado en la sentencia *US vs. Janis* (428 US 433, 1976)⁶.

En esta sentencia se declara que “*el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas*” y más adelante añade que la regla por la que se excluye la prueba ilícita, lo hace “*a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada...*”. De esta forma, el fundamento constitucional pasa a ser un fundamento de carácter ético y, como señala en la doctrina española (FIDALGO GALLARDO, 2003) “*son razones pragmáticas las que*

² *Nardone vs US* (308 US 338, 1939).

³ *Silverthorne Lumber Co. vs US* (1920) 51 US 385, 1920. Un caso en el que la Corte estadounidense decidió que el Estado no podía intimidar a una persona para que entregara documentación cuya existencia había sido descubierta por la policía mediante un allanamiento ilegal.

⁴ *Weeks vs. US* (232 US 383, 1914); *Miranda vs Arizona* (384 US 436, 1966) y *Nix vs Williams* (467 US 431, 1984).

⁵ El conocido como *deterrent effect*.

⁶ También en el caso *US vs. Calandra* (414 US 338, 1974).

fundamentan en el modelo norteamericano la exclusionary rule, encaminada a evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de las pruebas (deterrence of police misconduct)”.

El Tribunal Supremo Federal norteamericano ha ido estableciendo una serie de excepciones y por tanto ha descartado la aplicación de la propia regla de exclusión: cuando las pruebas se obtengan por particulares (caso Burdeau vs. McDowell, 256 US, 465, 1921) o por agentes policiales extranjeros fuera del territorio estadounidense (caso US vs. Verdugo-Urquidez, 494 US 259, 1990, que no aplicó la *exclusionary rule* al tratarse de pruebas obtenidas por la policía mexicana en territorio de México) o, finalmente, cuando la policía hubiera actuado de buena fe (*good faith exception*).

2.3.2. MODELO CONTINENTAL EUROPEO

Según la concepción del profesor (FERRAJOLI, 1995) *“el verdadero fundamento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas sería el reconocimiento del estado de derecho caracterizado por la funcionalización de todos los poderes públicos al servicio de la garantía de los derechos fundamentales y la consagración constitucional de estos últimos”*

De este modo, el estado no puede ejercer el *ius puniendi* afectando los derechos fundamentales de los ciudadanos, fundamento constitucional que deriva del carácter preferente que los derechos fundamentales tienen en un estado constitucional, este es el caso de los sistemas europeos.

En España el origen de la regla de exclusión puede situarse tras la **STC 114/1984**, a partir de la cual se configuró el art. 11 LOPJ⁷, al configurar, en sus orígenes, la regla de exclusión como una garantía procesal de naturaleza constitucional íntimamente ligada con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Su fundamento se entronca directamente con la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, en su condición de inviolables (Fundamento jurídico 4). Como se dice en la citada sentencia: *“el interés en el reconocimiento de plena eficacia de los derechos fundamentales [...] como garantías objetivas del propio sistema democrático, esto es, de su posición preferente como elementos esenciales de un ordenamiento...”*.

Se afirma en la referida STC 144/1984 que *“no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisprudencial de las pruebas de origen antijurídico”*, es decir, el fundamento no se encuentra en un derecho a la exclusión sino más bien en la protección de otros derechos fundamentales que puedan ser vulnerados.

⁷ “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

El TC realiza la distinción entre el derecho fundamental sustantivo (inviolabilidad del domicilio) violado en la obtención de la prueba que, por esta razón, deviene ilícita, sin perjuicio de que el infractor sea persona pública (la policía) o privada (un particular), y otro el derecho o derechos fundamentales procesales del Art. 24 CE que se vulneran si tal prueba se admite en el proceso, en cuyo caso la infracción es de origen judicial (tutela judicial efectiva, derecho a la prueba o presunción de inocencia).

Por tanto, partiendo de este modelo constitucional debería resultar indiferente, a diferencia de los modelos basados en el *deterrent effect*, si la prueba fue obtenida por una autoridad o por un particular e incluso si la autoridad o sus agentes actuaron de buena fe, en la creencia de no estar vulnerando un derecho fundamental.

No obstante, el Tribunal Constitucional español se ha desmarcado en resoluciones posteriores de esta inicial línea argumentativa y, aún sin llegar a un modelo de *desconstitucionalización* plena de la regla de exclusión, ha ido introduciendo límites al ámbito de aplicación de la regla de exclusión, mediante el reconocimiento de excepciones inspiradas en gran medida en la jurisprudencia norteamericana.

En conclusión, la diferencia principal entre los dos modelos teóricos es que la esencia de la exclusión probatoria norteamericana no se basa en un derecho subjetivo, sino que cumple una labor de profilaxis y prevención de las conductas policiales, es decir, un efecto disuasorio (*deterrent effect*), por lo que no tiene sentido su aplicación a los supuestos que no se refieren a la conducta policial (GONZÁLEZ MONTES, 2006).

2.4.EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN

2.4.1.EXCEPCIÓN A LA EFICACIA DIRECTA: LA BUENA FE POLICIAL

Se trata de una excepción a la aplicación directa de la propia regla de exclusión y no a la eficacia refleja derivada de la ilicitud originaria⁸.

Esta tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal norteamericano y se aplicó en el caso *Leon vs. US* (468 US 897, 1984), un supuesto en que la policía realizó un registro domiciliario basándose en una autorización judicial que creían válida, pero posteriormente un tribunal superior concluyó que tal autorización era inválida por haberse emitido sin causa probable. Pese a ello, la Corte Suprema permitió la presentación de tales pruebas obtenidas con ocasión del registro por estimar que la policía había actuado de *buena fe*, en la creencia de que su actuación estaba amparada en un mandamiento judicial legal, por lo que no podía predicarse una finalidad disuasoria de su exclusión.

Como se argumentó en dicha sentencia, cuando la policía actúa de buena fe, en la creencia de que su comportamiento se ajusta al ordenamiento jurídico y no viola derecho fundamental alguno, la exclusión de la prueba así obtenida carece de justificación, pues

⁸ En España, esta excepción de la buena fe se ha recogido en la STC 22/2003, de 10 de febrero.

con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito (*deterrent effect*).

2.4.2. EXCEPCIONES A LA EFICACIA REFLEJA:

2.4.2.1. FUENTE INDEPENDIENTE

No se trata propiamente de una excepción al reconocimiento de efectos reflejos de la prueba ilícita, sino que representa su faceta negativa al no concurrir el presupuesto material básico para su aplicación, consistente en la existencia de una relación causal entre la prueba originaria y la derivada. Para poder apreciar dicha excepción será necesario que exista, por tanto, una verdadera *desconexión causal* entre la prueba ilícita original y la prueba derivada⁹.

La independencia no se predica únicamente de los casos en que exista una desconexión causal sino también, de aquellos supuestos en que aún constatándose una relación causal (causa-efecto) entre ambas pruebas, la prueba lícita derivada puede calificarse de *prueba jurídicamente independiente*.

Un ejemplo de esta excepción sería el caso *Bynum vs. US*, de 1960, un supuesto donde se excluyeron las huellas dactilares de un sospechoso tras una detención ilegal. Esta prueba pericial se consideró ilícita por derivar directamente de la detención ilegal que se había practicado sin tener *causa razonable*. A pesar de ello, la policía presentó con posterioridad una nueva prueba pericial dactilar coincidente con las huellas dactilares halladas en el lugar del robo, pero sobre la base de las huellas antiguas de Bynum que se encontraban en los archivos del FBI y que no tenían conexión con las recogidas tras la detención ilegal.

Recientemente, el TC español ha incluido entre los criterios para calificar a una prueba como «jurídicamente independiente» el factor temporal, esto es, el largo periodo de tiempo entre una prueba y otra¹⁰.

2.4.2.2. DESCUBRIMIENTO INEVITABLE

Según esta excepción, no cabría la exclusión de la prueba si la misma hubiera sido descubierta *inevitablemente* por una actuación policial respetuosa con los derechos fundamentales. Se trata de una modalidad de la excepción de la fuente independiente.

El ejemplo más ilustrativo para explicar esta excepción es el caso *Nix vs. Williams* (467 US 431, 1984). Durante un interrogatorio ilegal, el acusado confesó ser el culpable de un homicidio y llevó a la policía al lugar donde había enterrado a la víctima. El Tribunal

⁹ Un ejemplo de esta excepción en España es la **SSTC 66/2009**, de 14 de abril, que condena a los recurrentes como autores de un delito de integración en organización terrorista, al admitir las pruebas derivadas de intervenciones telefónicas declaradas nulas.

¹⁰ STC 66/2009, FJ 5.

excluyó las declaraciones del acusado, sin embargo, no aceptó que el cuerpo de la víctima fuera también excluido como resultado del interrogatorio ilegal ya que el mismo se habría descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la declaración por más de doscientos voluntarios.

Nuestro TS (Sala Segunda) ha reconocido dicha excepción en la STS 4 de julio de 1997, aunque limitando su aplicación a los supuestos de actuaciones policiales de buena fe. Así, en su fundamento jurídico 4 señala: “*la limitación del «descubrimiento inevitable» debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de «buena fe», para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a «acelerar» por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente...*”.

Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) señala (MIRANDA ESTRAMPES, 2010) que difícilmente resulta admisible dicha excepción, pues la misma se basa en simples conjeturas o hipótesis, esto es, en lo que pudo haber pasado pero que no pasó en la realidad.

2.4.2.3. NEXO CAUSAL ATENUADO

Esta excepción se apreció por primera vez en el caso Wong Sun vs. US (371 US 471, 1963), un supuesto en el que, tras la detención ilegal de dos sujetos, se implica a un tercero (Wong Sun) el cual es detenido como consecuencia de la ilegalidad inicial. Wong Sun es finalmente puesto en libertad, pero decide confesar de manera “voluntaria” tras haber sido informado de sus derechos por la policía que le interrogó.

El Tribunal rechazó todas las pruebas menos esta última confesión, aun reconociendo que si no hubiera existido la inicial entrada ilegal probablemente no se hubiera producido, pero destacó la *voluntariedad* de dicha confesión y el que se le hubiera advertido previamente de sus derechos, lo que a juicio del Tribunal Supremo norteamericano introducía un acto *independiente* sanador que rompía la cadena causal con la vulneración inicial¹¹. Como puede observarse, dicha excepción no niega la existencia de un nexo causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada, pero el mismo se presenta tan debilitado o atenuado que autoriza la utilización en el proceso de la prueba derivada.

Dicha sentencia fue objeto de duras críticas por parte de la doctrina. Entre ellas (ANDRÉS IBÁÑEZ, 1993) apunta que “*la confesión así obtenida también sería ilícita pues no podría autorizarse el interrogatorio que versara sobre los datos, efectos u objetos obtenidos durante la práctica de la diligencia vulneradora de derechos fundamentales*”.

¹¹ En el mismo sentido que la jurisprudencia norteamericana se pronunció el TC español en la STC 86/1995 al señalar que “*Tales declaraciones, efectuadas en un sentido claramente incriminatorio, constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración de los recurrentes a la presunción de inocencia*”.

Del mismo modo, el magistrado (JORGE BARREIRO, 1993), incluso antes de que se dictara la STC 86/1995, señala que parece contradictorio establecer que la diligencia es nula de pleno derecho y después, concluir que la declaración del inculpado es suficiente para admitir la tenencia de la droga. Y resulta contradictorio *“Primero, porque se le interroga acerca de una sustancia estupefaciente que jurídicamente no existe. Segundo, porque sin esa diligencia es evidente que el acusado habría negado la tenencia de la droga. Y tercero, porque también resulta claro que el Tribunal con sólo la declaración autoinculpatoria del acusado, no habrían seguramente dictado una condena...”*.

En la misma línea, afirma (CAMPANER MUÑOZ, 2015) que *“no resulta habitual que alguien confiese voluntariamente la comisión de unos hechos delictivos si no tiene constancia de que ha sido descubierto. Y, cuando lo hace tras tener constancia de la obtención de material incriminatorio en su contra, parece difícil afirmar que el impacto psicológico no ha determinado su reconocimiento de hechos, al caer rendido ante la evidencia física del hallazgo”*.

Señala además, el señalado autor, que esta excepción *“ha devenido la fórmula más “cómoda” de desvincular y orillar la previa actuación ilegítima de los sujetos institucionales (funcionarios policiales y/o Juez de Instrucción), haciendo recaer el protagonismo sobre el imputado que, rendido ante la evidencia física del hallazgo y/o convencido de que la defensa de su inocencia deviene ya inviable a la vista de los resultados de la (ilícita) investigación, no puede por menos que reconocer los hechos que se le imputan.”*.

2.4.2.4. CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD

La STC 81/1998, de 2 abril, estableció la doctrina de la conexión de antijuridicidad. Esta supuso un replanteamiento de toda la doctrina de los frutos del árbol envenenado, así como del propio art. 11.1 LOPJ que recoge dicha doctrina. Con esta sentencia se abre paso a la posibilidad de que, como señala (GARCÍA ELENA, 2012) *“aun existiendo una relación clara de causalidad fáctica entre el resultado probatorio y la intervención ilícita, los órganos jurisdiccionales puedan proceder a romper la conexión de antijuridicidad entre el resultado de la violación y la fuente/medio de prueba obtenido”*.

Esta tesis implica que, como señala (GONZÁLEZ MONTES, 2006), la transeferencia de la ilicitud de la prueba a una posterior, exige la existencia entre las dos, *“aparte de una “conexión de causalidad” (conexión natural), que sería un requisito necesario pero no suficiente, de una conexión jurídica que en este caso se concreta en una “conexión de antijuridicidad”, que añadiría un plus necesario también y suficiente para que tal prueba fuera considerada prohibida”*.

De esta forma, será necesario que los jueces y tribunales comprueben, no únicamente la conexión causal, sino también la de antijuridicidad para pronunciarse sobre la licitud de las pruebas derivadas. Pero, ¿Cómo se comprueba esa conexión de antijuridicidad?

A esto responde el TC en el Fundamento jurídico cuarto de la mencionada Sentencia 81/1998:

En primer lugar, debemos analizar **la perspectiva interna**; esto es, la índole y característica de la vulneración del derecho fundamental sustantivo. Así, por ejemplo, no es lo mismo la ausencia de autorización judicial justificadora de la intervención telefónica que, existiendo dicha autorización, no se expresen en ella todas y cada una de las exigencias; luego habrá de verse el resultado, o sea, el conocimiento obtenido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente¹². En segundo lugar, además de esa perspectiva, el TC alude en un segundo análisis a la que denomina **perspectiva externa**, relativa a "*las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho sustantivo conculcado exige*".

Esto significa que habrá que valorar cuál es la protección que requiere cada derecho fundamental de modo que la tutela de los mismos consiga el efecto disuasorio y no incite a la infracción de los derechos fundamentales, pero no se produzca una protección excesiva que impida la existencia de excepciones y, por tanto, una impunidad de la delincuencia.

Estas dos perspectivas, interna y externa, son complementarias, esto es, únicamente si la prueba resulta ajena a la vulneración del derecho fundamental y las exigencias de tutela de ese derecho no exigen la prohibición de valorarla, se entenderá que su valoración o "apreciación es constitucionalmente legítima"¹³.

El TC considera que el ejemplo más claro de desconexión de antijuridicidad es quizás el caso de la confesión voluntaria del imputado sobre hechos que se conocieron gracias a la vulneración de derechos fundamentales¹⁴. La tesis mantenida por el TC se basa en que cuando han sido respetadas las garantías constitucionales frente a la autoincriminación (art. 24 CE) la espontaneidad y la voluntariedad de la declaración en el juicio oral pueden ser valorada como prueba válida a los efectos de destruir la presunción de inocencia.

A través de esta excepción, existe el peligro de considerar que toda prueba refleja es independiente jurídicamente de tal modo que cualquier prueba de esa naturaleza puede ser admitida.

En mi opinión, esta doctrina resulta inadmisibles, pues justifica la actuación ilícita de las autoridades, subsanando las ilicitudes cometidas e incitando a la policía a obtener, por esta vía, todo el contenido probatorio que requieran. Por otro lado, difícilmente puede admitirse que se trate de una confesión *voluntaria*, pues como pone de manifiesto un sector de la doctrina, si el confesante hubiera sabido que lo obtenido con violación de derechos no tendría ningún valor en el proceso seguramente no habría confesado su participación en los hechos (GASCÓN ABELLÁN, 2005).

¹² STC 81/1998, de 2 de abril, F.J. 4.

¹³ STC 81/1998, de 2 de abril, F.J. 4 *in fine*.

¹⁴ El TC la dio por válida y, por tanto, estableció una excepción que acogió en varias de sus resoluciones (SSTC 161/1999 y 8/2000, entre otras).

3. STS 116/2017: LA LISTA FALCIANI

3.1.SUPUESTO DE HECHO

La sentencia a comentar gira en torno a la validez como prueba de la llamada “*Lista Falciani*”, que debe su nombre a su autor, Hervé Falciani, un ingeniero informático del banco HSBC en Ginebra, que copió datos de su empresa, que contenían los nombres de clientes de varios países de la Unión Europea, que era presumible que estaban defraudando al Fisco al ocultarle los fondos depositados en dicho banco suizo. La sustracción de tales datos no cabe duda de que quebrantó el derecho fundamental a la intimidad.

Esta importante STS acepta o admite como prueba válida los datos financieros de particulares obtenidos de la “Lista Falciani”, confirmando la sentencia de instancia¹⁵, que había condenado por dos delitos contra la Hacienda pública a un ciudadano español que había ocultado más de cinco millones de euros en cuentas bancarias suizas, ciudadano cuyo nombre y cuentas figuraban, junto al de otros españoles, en los documentos sustraídos por Falciani, ex empleado de un banco suizo, y que dio lugar a la correspondiente inspección de la Agencia Tributaria española, una vez que fueron aquéllos remitidos por las autoridades francesas.

3.2.FUNDAMENTOS DE DERECHO

3.2.1.FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN (EFECTO DISUASORIO)

Se trata del argumento principal que lleva al TS a justificar la admisión de la prueba ilícita. La *ratio decidendi* seguida por el Tribunal Supremo para admitir Lista Falciani se vierte en el fundamento sexto y séptimo que podrían sintetizarse en que la regla de exclusión únicamente adquiere sentido frente a los excesos del Estado en la investigación de un delito (deterrent effect) y como un elemento de prevención.

En palabras del propio tribunal: “*Su valoración es perfectamente [...] sobre todo, en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito*”¹⁶.

El tribunal insiste, de lo que se trata es “*de apartar a los agentes de la autoridad de la tentación de valerse de medios de prueba que, por su alto grado de injerencia en el círculo de los derechos fundamentales, están sometidos a unas garantías constitucionales concebidas para la salvaguardia de aquéllos.*”¹⁷. Según la sentencia “*de lo que se trata*

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial 280/2016, de 29 abril.

¹⁶ *Fundamento jurídico 6.*

¹⁷ *Fundamento jurídico 7.*

es de huir de un entendimiento que, por su rigidez, aparte la regla de exclusión de su verdadero fundamento.”¹⁸.

En este sentido, el Tribunal Supremo llega a introducir como antecedente la causa estadounidense de *US vs Verdugo Urquidez*, en la que la regla de exclusión resultó inoperante ante la actuación de los cuerpos de policía de otro país (México) en la obtención de pruebas que, de haber sido obtenidas en EEUU, hubieran sido privadas de efecto por la aplicación de la misma.

El TS parece ignorar, lisa y llanamente, que la inspiración para el fundamento jurídico de la regla de exclusión en el contexto español no se encuentra anclada en el efecto disuasorio, sino en un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, cual es derecho a un proceso con todas las garantías. El problema que esta interpretación acarrea fue zanjado por el TS de una manera poco afortunada, limitándose a reconocer el fundamento jurídico de la regla de exclusión en la figura del efecto disuasorio.

Como señala (CAMPANER MUÑOZ, 2015) no es de recibo *“la tendencia de que los Tribunales sean claramente proclives a convalidar las vulneraciones de derechos fundamentales apartándose del derecho positivo lato sensu y amparándose en la creación de excepciones jurisprudenciales carentes de apoyo normativo extrapoladas de modo apresurado e irreflexivo, en la mayoría de los casos, de un sistema normativo y judicial, el norteamericano, que escasa o ninguna semblanza guarda con el nuestro.”*

Es evidente que subyace en los argumentos del tribunal, lo que (ZARAGOZA TEJADA, 2020) define como una “norteamericanización” de la concepción de la regla de exclusión, cuyo origen se encuentra en una errónea equiparación entre Ordenamientos.

3.2.2. LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA POR UN PARTICULAR

Partiendo de un fundamento erróneo de la regla de exclusión (*deterrent effect*), el tribunal se aferra a la excepción de origen norteamericano de la obtención por un particular de la prueba ilícita. Esta excepción sería aquello que (DE LA OLIVA SANTOS, 2006) califica de *obiter dictum*¹⁹, al señalar que los particulares escapaban al ámbito de aplicación de la norma.

Según el tribunal es evidente que la acción vulneradora del agente no puede ser equiparada *“a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del ius puniendi, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría.”*²⁰.

¹⁸ Este argumento claramente corresponde a la tendencia de trasladar el fundamento jurídico de la regla de exclusión al llamado “efecto disuasor”, correspondiente a la doctrina norteamericana de la *Exclusionary rule*.

¹⁹ Argumentos expuestos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que corroboran la decisión principal, pero carecen de poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria.

²⁰ *Fundamento jurídico 6.*

En la misma línea, señala que *“El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico [...], ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado [...] Nada tiene que ver esa actuación con la de un agente al servicio del Estado.”*²¹.

El tribunal se justifica apoyándose en antecedentes del Tribunal Supremo americano, el cual *“ha admitido las pruebas obtenidas por particulares (Burdeau vs. McDowel, 256, US, 465, 1921), ampliando de forma considerable el ámbito de las excepciones valorables.”*

Por otro lado, el tribunal reconoce ser innovador al afirmar que *“Son abrumadoramente mayoritarias, desde luego, las decisiones que optan por la exclusión de la prueba obtenida por un particular con vulneración de derechos fundamentales (cfr. por todas, SSTs 239/2014, 1 de abril; 569/2013, 26 de junio; 1066/2009, 4 de noviembre, entre las más recientes)”*. Y que, no obstante, *“no faltan supuestos en los que la ausencia de toda finalidad de preconstitución probatoria por parte del particular que proporciona las pruebas, lleva a la Sala a admitir la validez de la prueba cuestionada”*²².

A mi juicio, esta distinción entre funcionario y particular en la obtención de la prueba no debe realizarse. En primer lugar, porque el art. 11.1 LOPJ no contiene tal distinción, en segundo lugar, porque el mismo precepto equipara a la obtención indirecta de la prueba a la directa y, finalmente, porque semejante distinción otorga a los poderes públicos mil oportunidades de defraudar esta norma, concertando con dichos particulares procedimientos de aportación de la prueba al procedimiento, acudiendo como en este caso a la intervención de «terceros sanadores».

3.2.3. ÁNIMO DE LUCRO DEL PARTICULAR

Por otro lado, el tribunal resalta que *“conforme expresan las autoridades suizas en la demanda de extradición, la disponibilidad de esos datos estaba tendencialmente orientada a la obtención de un rendimiento económico”*²³.

En el mismo sentido señala también que *“La finalidad disuasoria que está en el origen de la exclusión de la prueba ilícita no alcanzaba a Belarmino, que sólo veía en esa información una lucrativa fuente de negociación. En definitiva, no se trataba de pruebas obtenidas con el objetivo, directo o indirecto, de hacerlas valer en un proceso”*²⁴.

Destaca el tribunal, por tanto, no solo la distinción entre funcionarios y particulares sino también la introducción de elementos subjetivos en el ámbito de las excepciones al criterio general de ilicitud de la prueba derivada. En la sentencia comentada, se hace hincapié en la finalidad perseguida por el particular al apoderarse ilegalmente de unos datos íntimos, esta es, el ánimo de lucro y obtención de un rendimiento económico y no la voluntad de hacerlos valer en un proceso.

²¹ *Ibidem*.

²² Es el caso, por ejemplo, de la STS 793/2013, 28 de octubre.

²³ *Fundamento jurídico* 8.

²⁴ *Ibidem*.

De esta forma y, según el TS, si la prueba no es inducida por terceros o premeditada por su parte para la incorporación a un procedimiento penal, carecería de virtualidad para contaminar de ilicitud a la prueba derivada que, finalmente, tuviera ese destino.

En línea con la sentencia, el autor (JAEN VALLEJO, 2017) afirma que *“La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales no persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior”*.

En mi opinión, la voluntad o finalidad del particular carece de relevancia.

En primer lugar, porque el derecho fundamental se quebranta sea cual sea la intención del sujeto activo. En segundo lugar, porque la verificación de dicha intención puede ser difícil con la consiguiente inseguridad jurídica, y por último, porque en todo caso sería relativamente fácil simular *ex ante* o *ex post* la inexistencia de un propósito de aportación al proceso de esa información.

3.2.4. PRINCIPIO DE NO INDAGACIÓN

De acuerdo con esta regla, según (BACHMAIER WINTER, 2013) el Estado que recibe la prueba no investiga ni supervisa la forma en la que ha sido obtenida por el Estado que la envía.

El tribunal cita en la sentencia²⁵ una doctrina de la sala que consolida la aplicación de este principio. Así en la STS 456/2013, 9 de junio, recuerda que *“.. la pretensión de que los Tribunales españoles se conviertan en custodios de la legalidad de actuaciones efectuadas en otro país la Unión Europea deviene inaceptable. Existe al respecto ya una consolidada doctrina de esta Sala que [...] tiene declarado que no procede tal facultad de <supervisión>.”* En este sentido, la STS 340/2000, 3 de marzo, precisaba que *“... la incorporación a causa penal tramitada en España de pruebas practicadas en el extranjero en el marco del Convenio Europeo de Asistencia Judicial (...) no implica que dichas pruebas deban ser sometidas al tamiz de su conformidad con las normas españolas”*.

No obstante, la sentencia también hace referencia a la protección de los derechos fundamentales disponiendo que *“la histórica vigencia del principio locus regit actum [...] no puede convertirse en un trasnochado adagio al servicio de la indiferencia de los órganos judiciales españoles frente a flagrantes vulneraciones de derechos fundamentales”*. Y señala, por tanto, que el principio de no indagación *“no puede convertirse en la pieza maestra con la que resolver las dudas de ilicitud”*²⁶.

²⁵ Fundamento jurídico 4.

²⁶ En la STS 829/2006, 20 de julio, en una causa incoada por delito de terrorismo, negaban validez a la valoración de una *“entrevista policial”* de dos agentes españoles a un preso interno en la base militar de Guantánamo. Oponiéndose al principio de no indagación.

En relación al principio de indagación, (BACHMAIER WINTER, 2013) identifica las tres razones que, tradicionalmente, han dotado de fundamento a la aplicación del principio de no indagación:

El primero es el argumento clásico del respeto a la soberanía del Estado cooperador. El segundo, la imposibilidad de verificar si la rogatoria ha sido ejecutada de conformidad a la ley del Estado solicitante y, por último, el principio de confianza mutua que existe o, debiera existir, entre los Estados que comparten sistemas y principios legales similares.

La autora también destaca, como contraargumento a las cláusulas expuestas anteriormente, tres elementos: En primer lugar, considera la falta de alusión al respeto a los derechos humanos, así como la falta de apego a los principios contenidos en la CEDH, en especial con respecto a la validez de la prueba, al garantizar su obtención por vía legal y, con esto, la protección al derecho al proceso debido, elementos que considera, debieran poder anteponerse a la idea de respeto a la soberanía, primordialmente en una alusión tan clásica y “anticuada” del concepto.

En segundo término, BACHMAIER sostiene que la accesibilidad a la normativa de los distintos Estados, en particular con el uso de las tecnologías electrónicas debe proveer un marco mucho más eficaz para llevar a cabo la comprobación aludida.

Por último, como contraargumento a la manifestación del principio de confianza mutua, la autora entiende que el mismo puede hacer referencia a multitud de significados y que, por tanto, puede en ocasiones devenir contradictorio. La clásica contraposición radica en la posibilidad de que exista confianza entre los organismos jurisdiccionales de los dos Estados en cooperación; sin embargo, dicha confianza no debe existir por parte de la defensa.

También se ha pronunciado respecto a la admisión de la prueba y el principio de no indagación el propio TEDH. El tribunal ha señalado de manera reiterada que no le corresponde pronunciarse sobre la admisibilidad en juicio de las pruebas supuestamente ilícitas por no encontrarse recogida esta cuestión en el CEDH. Es más, de acuerdo con el TEDH, no se puede excluir en principio y en abstracto que sea admisible una prueba conseguida de manera ilegal²⁷. Lo que se ha de valorar es si el proceso, en su conjunto, fue un proceso justo²⁸, lo que requiere analizar las circunstancias concurrentes en cada caso en el que se sopesan los intereses en juego (*balancing* o ponderación).

El TEDH ha señalado que, si bien no le corresponde determinar, como cuestión de principio, qué tipos concretos de pruebas pueden ser admitidas, sí que es competente para determinar si el procedimiento en su conjunto fue justo, incluida la forma en que se obtuvo la prueba²⁹.

²⁷ STEDH (Pleno) Schenk v. Switzerland, núm. 10862/84, de 12 de julio de 1988; STEDH (Sección 3a) Khan v. the United Kingdom, núm. 35394/97, de 12 de mayo de 2000.

²⁸ SSTEDH Schenk v. Switzerland, núm. 10862/84, § 46; García Ruiz v. Spain, núm. 30544/96, § 28, 21 de enero de 1999.

²⁹ Cfr., entre otras muchas, SSTEDH Bykov v. Russia [GC], núm. 4378/02, § 90, de 10 de marzo de 2009; Lee Davies v. Belgium, núm. 18704/2005, § 42, de 28 de julio de 2009.

En el presente caso, el Estado que practica la prueba (España), a través de la regla de la no indagación pretende no hacerse responsable de la forma en que se ha recopilado la evidencia. Y si este no lo hace, nadie lo va a hacer.

Cuando la información extranjera se utiliza como prueba en un procedimiento penal, el Estado de enjuiciamiento es el responsable de la licitud y regularidad de la misma. Este Estado responde de la imparcialidad de los procedimientos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6 CEDH, esto es, ha de salvaguardar las garantías del juicio justo, tales como la igualdad de armas y el carácter contradictorio del procedimiento. La información extranjera se utiliza en el juicio, por lo que el derecho a controlar la prueba debe garantizarse en el Estado del juicio.

Por otro lado, el Estado que suministra la información como afirman (VAN HOEK & LUCHTMAN, 2005) tiene la obligación de explicar al Estado del juicio cómo se ha obtenido dicha prueba, proporcionando si se solicita todos los datos necesarios. No cumplir con esta obligación debe llevar a la exclusión de ese material probatorio.

La consecuencia de aplicar la regla de la no indagación al presente caso es que el Estado que recibe la lista o la documentación con la información financiera de presuntos evasores fiscales no va a supervisar si ha sido obtenida de manera lícita en el Estado que la remite. De tal manera que, aunque la información bancaria tenga origen ilícito, esta ilicitud “desaparece” porque ha sido entregada a las autoridades españolas por vías lícitas. Como afirma (BLANCO CORDERO, 2015) esta licitud en la trasmisión produce un “blanqueo” de la ilicitud cometida inicialmente.

4. STC 79/2019: RECURSO DE AMPARO

Mediante la STC 79/2020, de 16 de julio, el Pleno del Tribunal Constitucional ha venido a confirmar la STS 116/2020 y declara por unanimidad que la obtención de datos bancarios de la Lista Falciani no vulnera el derecho a la presunción de inocencia ni a un proceso con todas las garantías desestimando el recurso de amparo.

El tribunal resume la evolución de la jurisprudencia constitucional y seguramente la innova en parte. En concreto, recuerda y elabora el llamado “juicio de ponderación”³⁰.

A modo de síntesis, tal y como señala el TC, desde sus inicios, la regla de exclusión opera mediante un juicio ponderativo mediante el cual debe determinarse la índole de la ilicitud en la obtención de los elementos probatorios y su conexión con los derechos procesales de las partes desde el prisma del proceso justo y equitativo³¹.

Según el Tribunal, a partir de la STC 81/1998 analizada en el presente trabajo, se ofrece una definición de este juicio ponderativo mas precisa y a partir de la misma, el Tribunal interpreta y especifica en que consisten los parámetros ofrecidos en ella.

El parámetro de control llamado «interno» exige valorar el impacto que sobre el proceso correspondiente tiene la «índole, características e intensidad» de la violación del derecho fundamental sustantivo. Se trata de considerar, si la vulneración del derecho fundamental

³⁰ Fundamento jurídico 3.

³¹ STC 114/1984.

ha estado **instrumentalmente orientada a obtener pruebas**, y aun cuando esa conexión instrumental no exista, si debe excluirse el material probatorio por afectar al **núcleo axiológico** más primordial de nuestro orden de derechos fundamentales (como es la de la tortura o tratos inhumanos o degradantes).

El parámetro de control «externo» exige valorar si existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración consumada. Dicho de otra forma, si la falta de tutela específica en el proceso penal supone incentivar la comisión de infracciones del derecho fundamental.

La técnica de la ponderación en la definición de una garantía constitucional debe ser utilizada con gran precisión en los criterios y evitada siempre que sea posible. En este caso, el tribunal opta por recurrir a la jurisprudencia de la sala ya existente, ponderando de forma “discrecional” debido a que no existe una regulación al respecto.

Mediante el juicio de ponderación no es que el juez pueda hacer sin más lo que quiera, pero como señala (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2020) “*es como indicar los ingredientes de un cóctel sin indicación alguna sobre las medidas de cada ingrediente*”. Si hubiera una ley detallada, nada habría que ponderar, porque ya habría “ponderado” el legislador.

Como afirma el autor, donde no hay *interpositio legislatoris* se produce un salto de la Constitución al juez, que da lugar a un efecto paradójico: todo lo que cabe en la Constitución está permitido. Sin ese criterio hermenéutico constitucional delimitador, cualquier garantía puede hipotéticamente ser incluida en su contenido y constitucionalizada. Tiene que existir algún hilo conductor que nos permita delimitar qué garantías no mencionadas están constitucionalizadas en el artículo 24.2 CE.

5. CONCLUSIÓN

A continuación, se pretende, a modo de reflexión y sin ánimo de desmerecer los argumentos analizados por el Tribunal Supremo, exponer ciertas ideas que, a mi juicio, podrían ser útiles en la comprensión de la problemática planteada.

5.1. CONSECUENCIAS DEL FUNDAMENTO

El aspecto determinante aquí es el fundamento de la *exclusionary rule*. Y esto es así por las consecuencias que tiene optar por uno u otro sistema. De esta manera, cuando el fundamento radica en el efecto disuasorio de actuaciones indebidas por parte de la policía, la consecuencia es la creación de un número interminable de excepciones que se confeccionan “con mayor facilidad” debido a que estas se ven justificadas por un fundamento de carácter ético.

Esta situación conduce a un escenario de desconstitucionalización de la regla de exclusión, pues, como señala (EUSAMIO MAZAGATOS & SÁNCHEZ RUBIO, 2016) “*la regla de exclusión deja de ser un derecho fundamental tutelable ante los tribunales ordinarios para pasar a convertirse en un límite a las facultades de los poderes públicos*.”. Mediante este fundamento parece que se persigue la averiguación de la verdad a toda costa.

Se trata de optar por una postura frente a dos intereses en juego: de una parte, el interés en tutelar de manera efectiva los derechos fundamentales y, de otra, el interés público en descubrir la verdad en el proceso, persiguiendo la protección y la tutela de intereses individuales, limitando el quehacer del Estado, en el primer caso, y admitiendo los concretos medios de prueba, en el segundo.

En contraposición, si optamos por un fundamento europeo, concretamente el continental, estaríamos garantizando en todo momento la protección de los derechos fundamentales como un valor superior. Fijamos así una línea roja inquebrantable, que prevalece ante la averiguación de la verdad.

Esto no significa, sin embargo, que la exclusión deba hacerse de forma automática, pues como afirma (GUTIÉRREZ MOYA, 2002) *“establecer obstáculos demasiado severos al ejercicio de la actividad probatoria pues esto abriría la puerta a la impunidad y absolución de todos los criminales”*, pero sí es cierto que, al momento de establecer excepciones a la regla, estas se fijarán sobre la base de un fundamento garantista del sistema democrático.

En este sentido el juez Oliver Wendell Holmes en su voto disidente (en el caso *Olmstead vs. Estados Unidos* (1928) 277 U.S. 438) destacó la necesidad de perseguir la delincuencia y de evitar que el Gobierno no se al mismo nivel que aquellos. De esta forma afirma: *“prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el Gobierno desempeñe un papel indigno”*.

En definitiva, desde la perspectiva de los ordenamientos incluidos en el conocido como *civil law* o sistema continental, la ilicitud probatoria plantea si para obtener una sentencia “más justa”, vale todo o si, por el contrario, existen límites que no pueden traspasarse aun al precio de no poder ejercer la función jurisdiccional y realizar el Derecho penal (ARMENTA DEU, 2011).

Finalmente, y en desacuerdo con MAQUIAVELO, definitivamente creo que “el fin no justifica los medios” y que como afirma (GÖSSEL, 2002) *“el interés legítimo a un proceso penal plenamente eficaz encuentra su límite en el interés y en la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos”*.

5.2.FUNDAMENTO ERRÓNEO DEL TS

La conclusión última de la resolución analizada, sin olvidar su valor documental y sus conclusiones marginales positivas, es que como afirma (RODRÍGUEZ RAMOS, 2017) *“ha venido a dar otro «tijeretazo» al ámbito de ilicitud y consiguiente ineffectividad de las pruebas obtenidas con quebranto de un derecho fundamental, fortaleciendo el munus et ius puniendi del Estado Juez frente al ciudadano”*. El Tribunal Supremo fundamenta sus pretensiones, principalmente, en el principio de no indagación y en la idea de que la regla de exclusión solo se justifica en el efecto disuasorio, un fundamento que poco o nada tiene que ver con el sistema continental.

En favor de la resolución y, atendiendo a la doctrina del nexo atenuado antes analizada, podría afirmarse que el menoscabo original a la intimidad se sitúa muy lejos de la prueba empleada, pues entre las mismas, media un registro efectuado por las autoridades francesas, y la posterior entrega de información. De tal forma que la desconexión de antijuridicidad sería insalvable.

Por otro lado, sería posible valorar la buena fe del sujeto que consiguió la lista, que no tenía otra misión que denunciar la comisión de ilícitos. Esta argumentación choca frontalmente con las conclusiones fácticas de la STS 116/2017 sobre el comportamiento de Hervé Falciani, que sitúa la sentencia en el ánimo de lucro.

En este sentido, cabe señalar que la exclusión de la prueba ilícita que, en su origen se preveía únicamente para la acusación y solo para el proceso penal; hoy en día, en el ordenamiento español también se prevé para la defensa y para cualquier proceso (por tanto, también civil), de modo que, no parece tener sentido la exclusión de la prueba por haber sido obtenida por un particular.

Considero que es la hora de replantear la figura de la exclusión de la prueba ilícita de tal manera que se evite el plagio de argumentos basados en un modelo norteamericano que justifica sus acciones en un fundamento meramente ético. No es suficiente con establecer, en su caso, excepciones, sino también que estas sean sólidas, racionales, que se elaboren normas complementarias que garanticen la protección de estos derechos que predominan los sistemas democráticos europeos. Todo ello sin perjuicio de que, en la actualidad, el artículo 11.1 LOPJ es claro y diáfano cuando afirma *“No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*.

5.3.EL FUTURO DE LA PRUEBA ILÍCITA

La finalidad de la prueba es la averiguación de la verdad material. Aquella tiene el objetivo de destruir la presunción de inocencia, siempre y cuando sea lícita. Pero, para sacrificar este derecho a la prueba cabría considerar si realmente se trata de un fundamento empíricamente real o efectivo. A mi juicio, no se trata de un fundamento efectivo, pues pese a no tener los datos y estudios necesarios (los cuales se escapan al alcance de este trabajo), las autoridades no parecen, en la actualidad, aprehensivas a vulnerar derechos de forma indiscriminada con la finalidad de obtener los medios de prueba.

La doctrina general de la prueba ilícita, que en su origen era la exclusión de la misma y sobre esta la creación de una serie de excepciones, es en la actualidad la admisión de la prueba. A todo esto, cabe añadir que, gracias a la tecnología, la vulneración de los derechos fundamentales se produce de forma masiva ya no únicamente por las autoridades sino por cualquier persona física. Gracias a la tecnología moderna y las comunicaciones vía internet, se producen tantas pruebas derivadas que la desconexión jurídica termina siendo prácticamente imperceptible, se blanquea así la prueba ilícita de manera constante y apenas sin esfuerzo.

Ante esta vulneración masiva de derechos fundamentales la persona que resulta imputada en un procedimiento penal viene a ser como señala (RODRÍGUEZ RAMOS, 2017) “*un David o un ente insignificante frente a un Goliat o el Leviatán, que cuenta con un fuerte aparato represor compuesto por jueces y tribunales apoyados por fuerzas y cuerpos de seguridad obligadas a colaborar*”. Autoridades que, en definitiva, están amparados por Jueces y Tribunales que persiguen a los mismos delincuentes y, por tanto, persiguen un mismo fin.

Nos encontramos, pues, ante una regla de exclusión que se queda antigua e inútil frente a esta era digitalizada en la que la policía mediante “descubrimientos casuales” dispone con mucha antelación de los medios de prueba que necesita. Junto a esto, debemos mencionar la pasividad judicial a la hora de aplicar la regla de exclusión, pues se excluyen únicamente, las prueba derivadas de actuaciones hechas “medio bien”, como puede ser una motivación mediocre o la falta de ella en una autorización judicial, sin embargo, se admiten prácticamente con carácter general el resto de pruebas que derivan de aquella vulneración masiva de derechos.

Finalmente, y a modo de reflexión, ¿qué solución sería eficaz entonces ante este panorama? ¿Qué futuro le espera a la figura de la regla de exclusión?

En primer lugar, habría que plantearse la posibilidad de absolutizar la exclusión de determinadas vulneraciones de derechos, es decir, fijar como se ha dicho en la primera conclusión “una línea roja inquebrantable” que, como hemos podido observar, también reconoce el TC en el recurso de amparo, por afectar al núcleo axiológico de nuestro orden de derechos fundamentales (torturas y tratos inhumanos o degradantes).

En segundo lugar, sería plausible una nueva y más completa redacción del art. 11.1 LOPJ que indicara las excepciones a la regla general de la ineficacia de la prueba derivada de otra ilícitamente obtenida. Y, descendiendo al detalle de cuáles debieran ser esas excepciones, además de evitar el plagio a las de origen americano, parece que lo más acorde con el respeto a los derechos fundamentales es reducir tales supuestos a los “hallazgos ocasionales” y a los “inevitables”, y si se quisiera aplicar la excepción genérica de la “desconexión de antijuridicidad”, que no deja de ser otro concepto indeterminado fuente de inseguridad jurídica. Habría que definir su contenido en términos más exactos enumerando los supuestos en régimen de *numerus clausus*.

Por último, cabría plantearse también la posibilidad de fijar una indemnización por la vulneración de estos derechos (tanto a las autoridades como a los jueces) además del delito en cuyo caso se incurra.

6. BIBLIOGRA (ZARAGOZA TEJADA, 2020)FÍA

- AGUILAR CABRERA, D. A. (2014). DISCUSIÓN SOBRE LA ILEGALIDAD DE LA PRUEBA Y LA BÚSQUEDA DE LA IMPUNIDAD A propósito del Caso Baltazar Garzón. *Derecho y Cambio Social*.
- ANDRÉS IBAÑEZ, P. (1993). «La función de las garantías en la actividad probatoria». En: AA.VV. *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial.
- ARMENTA DEU, T. (2011). *la prueba ilícita (un estudio comparado) segunda edición*. Marcial Pons. MADRID / BARCELONA / BUENOS AIRES 2011 . Madrid, Barcelona y Buenos Aires: Marcial Pons. .
- BACHMAIER WINTER, L. (2013). Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law. *Utrecht Law Review*. Vol. 9, Issue 4.
- BLANCO CORDERO, I. (2015). La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales. *Revista Indret*.
- BUENDIA RUBIO, M. (2016). 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 Reformes Democràtiques*.
- CAMPANER MUÑOZ, J. (2015). *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*. Madrid: Aranzadi 2015.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. (2006). Escritos sobre derecho, justicia y libertad. Serie Doctrina Jurídica. Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2020). Algunas ideas sobre la prueba ilícitamente obtenida. En *Homenaje a Vicente Gimeno Sendra*. "En prensa, facilitado por su autor".
- EUSAMIO MAZAGATOS, E., & SÁNCHEZ RUBIO, A. (2016). *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Teoría del garantismo penal*. Madrid: Derecho y razón.
- FIDALGO GALLARDO, C. (5 de mayo de 2003). La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América. *Tribunales de Justicia*.
- GÖSSEL, K.-H. (2002). *En la búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político criminales*. México: Porrúa.
- GARCÍA ELENA, M. (2012). "El tratamiento procesal de las pruebas ilícitas en el proceso penal". *Revista de Derecho Penal* (37).
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2005). «¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita». *Jueces para la Democracia*, núm. 52, 82.
- GONZÁLEZ MONTES, J. L. (2006). PRUEBA ILÍCITA. *Persona y Derecho*.
- GUTIÉRREZ MOYA, C. (2002). La prueba ilícita: Las reglas de exclusión de medios probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales. *La Revista de Derecho: Derecho-Sociedad-Cultura*.
- JAEN VALLEJO, M. (2017). Notas jurisprudenciales. Panorama jurisprudencial: Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo. *Cuadernos de Política Criminal*.

- JORGE BARREIRO, A. (1993). «La prueba ilícita en el proceso penal». Madrid: Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (2010). “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. *Revista Catalana de Seguretat Pública*.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2017). (Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita). Wolters Kluwer.
- VAN HOEK, A. A., & LUCHTMAN, M. J. (2005). *Utrecht Law Review*, 21-22.
- ZARAGOZA TEJADA, J. I. (2020). HACIA UNA NORTEAMERICANIZACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL. Gipuzkoa.