

LA AGONÍA DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA. VARIACIONES SOBRE UN CASO TRÁGICO. COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, Nº 891/2022, DE 11 DE NOVIEMBRE

Arturo Muñoz Aranguren

Magistrado

arturomu@ucm.es

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto analizar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 891/2022, de 11 de noviembre. En particular, se examina de forma crítica la admisión judicial de pruebas ilícitamente obtenidas por agentes de la autoridad, así como las nuevas tendencias en materia de exclusión probatoria.

PALABRAS CLAVE: prueba ilícita, regla de exclusión, garantismo, ponderación, proceso penal.

THE AGONY OF THE EXCLUSIONARY RULE OF THE ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE. VARIATIONS ON A TRAGIC CASE. COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT, SECOND CHAMBER, NO. 891/2022, OF NOVEMBER 11, 2022

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyse the judgment of the Supreme Court, 2nd Chamber, No. 891/2022, of November 11. In particular, it examines critically the judicial admission of evidence unlawfully obtained by law enforcement officers, as well as the new trends in the field of evidentiary exclusion.

KEYWORDS: illicit evidence, rule of exclusion, procedural guarantees, balancing, criminal proceedings.

SUMARIO: 1. UN CASO VERDADERAMENTE TRÁGICO: 1.1. Introducción: exclusión probatoria y garantismo procesal; 1.2. Los hechos probados y las vicisitudes procesales; 1.3. Siete sentencias.— 2. LA EVOLUCIÓN RESTRICTIVA DEL TS Y DEL TC: DE LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD A LA DOCTRINA *LISTA FALCIANI*: 2.1. El giro progresivamente funcionalista de la jurisprudencia; 2.2. El fundamento de la regla de exclusión; 2.3. La sinceridad de los jueces; 2.4. Los límites de la interpretación abrogatoria.— 3. LA REGULACIÓN NORMATIVA COMPARADA Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL: 3.1. El estado de la cuestión en el derecho comparado; 3.2. La posición del TJUE y del TEDH: cuestión de énfasis.— 4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, Nº 891/2022, DE 11 DE NOVIEMBRE: 4.1. Consideraciones preliminares; 4.2. La protección legal reforzada del acceso a los dispositivos de almacenamiento masivo; 4.3. La buena fe de los agentes; 4.4. La minusvaloración del derecho a la intimidad; 4.5. Los agentes de la autoridad no son «particulares»; 4.6. La doctrina de la STEDH, caso *Trabajo Rueda c. España*, de 30 de mayo de 2017; 4.7. El juicio de ponderación; 4.8. El invocado consentimiento del investigado y la doctrina de la conexión atenuada; 4.9. El derecho a un proceso con todas las garantías, a un proceso justo y equitativo y al proceso debido: no es lo mismo; 4.10. Recapitulación.— 5. CRIMEN Y CASTIGO.— BIBLIOGRAFÍA.

1. UN CASO VERDADERAMENTE TRÁGICO

1.1. Introducción: exclusión probatoria y garantismo procesal

La cuestión de la ilicitud de la prueba aportada al proceso penal y sus consecuencias viene siendo objeto de un tratamiento doctrinal preferente desde hace décadas, hasta el punto de que la bibliografía en castellano empieza a ser casi inabarcable¹.

También existe un abundante cuerpo de doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional, como de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Jurisprudencia a menudo zigzagueante, pero que con el paso de los años evidencia una tendencia muy acusada: una apuesta por restringir al máximo la aplicación de la regla de exclusión de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales con el ánimo de que no queden impunes conductas delictivas.

No se trata, naturalmente, de un vaivén jurisprudencial aislado, sino de una muestra más de la crisis por la que está atravesando el garantismo procesal tanto en España como en la práctica totalidad de las sociedades occidentales. Si hace no demasiado el énfasis se ponía en los derechos fundamentales de los ciudadanos como elemento de control necesario ante los eventuales excesos del poder del Estado, ahora predomina una visión punitivista que tiene la retribución penal como único norte.

¹ Sin ningún ánimo exhaustivo, pueden citarse las siguientes monografías: Armenta Deu (2011); Asencio Mellado (1989); Díaz Cabiale y Martínez Morales (2001); Fidalgo Gallardo, (2003); Martínez García (2003, 2010); Miranda Estrampes, (2004); Planchadell Gargallo (2014); Campaner Muñoz (2015). Aclaro que en este texto las alusiones a la prueba ilícita deben entenderse referidas a los elementos probatorios obtenidos mediante la vulneración, directa o indirecta, de derechos fundamentales.

Estas líneas no tienen por objeto cuestionar ese giro en las prioridades—y su indudable trasfondo ideológico—, sino uno mucho más modesto: dar cuenta de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 891/2022, de 11 de noviembre y del voto particular discrepante.

Porque creo que no incurro en una exageración si digo que, más que una regla, la de la exclusión probatoria es ya una genuina excepción al criterio general favorable, a través de la denominada conexión de antijuridicidad, a la admisibilidad de pruebas de cargo obtenidas lesionando un derecho fundamental del acusado. Incluso —y esto es lo novedoso de la STS que comento— si quien obtiene la prueba de forma ilícita es un agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones públicas.

Y es que, parafraseando a T. S. Eliot, el fin de la exclusión de la prueba ilícita no ha llegado con un estallido. Más bien, con un quejido.

1.2. Los hechos probados y las vicisitudes procesales

Se trata de unos de esos casos que, desde la filosofía del derecho, se califican como *trágicos*: aquellos en los que es imposible encontrar una solución jurídica que no implique el sacrificio de algo considerado moralmente valioso (Atienza, 2005, p. 219). No es, por tanto, casual, la extraordinaria tensión decisional que ha acompañado a este asunto y el dictado consecutivo de hasta siete resoluciones judiciales —con, a su vez, dos votos particulares discrepantes— de distinto signo.

El relato de hechos probados que contiene la Sentencia del TS servirá de punto de partida:

Resulta probado y así se declara que el día 14 de junio de 2016 sobre las 20.30 horas E. dejó en un banco del paseo X de la localidad de TUDELA un bolso de hombre tipo bandolera, que contenía en su interior una bolsa blanca, en la cual había guardadas una memoria USB y dos tarjetas SD y, en un bolsillo, documentación personal y una cámara; dado que el bolso permaneció mucho tiempo sobre el banco y que los usuarios del paseo se habían ido marchando y quedaban en él pocas personas, doña María Juana, quien se encontraba en compañía de sus hijos, se hizo cargo del bolso y lo llevó a dependencias de la Guardia Civil de TUDELA, una vez allí sobre las 21.35 horas del día 14 de junio de 2016 el agente de la Guardia Civil con TIP NUM000, quien se encontraba realizando el servicio de atención al ciudadano en el puesto de la Guardia Civil de TUDELA, recibió de doña María Juana el bolso de hombre tipo bandolera, que contenía en su interior una bolsa blanca en la cual había guardadas una memoria USB y dos tarjetas SD y, en un bolsillo, documentación personal y una cámara, se entregó por tanto un solo objeto, tal y como había sido encontrado.

El agente revisó la documentación que se hallaba en el interior del bolso y en la que constaban los datos de E., con permiso de residencia X, nacido en Venezuela el NUM002-1980, con domicilio en paseo Y, nº X de la localidad de TUDELA, por lo que llamó a la Policía local de TUDELA para proporcionarle la información, tal y como se realiza habitualmente en caso de objetos perdidos; asimismo realizó una copia de salvaguarda o de seguridad de la memoria USB y de las tarjetas SD.

Al día siguiente, 15 de junio de 2016, por la mañana la Policía local comunicó a quien se encontraba atendiendo el servicio de atención al ciudadano en el puesto de la Guardia Civil de TUDELA que el propietario del bolso iría a recoger el mismo, personándose E. en dependencias de la Guardia Civil, donde fue atendido por el agente NUM004, comprobando aquel rápidamente que era su bolso y marchándose de inmediato.

Sobre las 14 horas, una vez iniciado su turno de trabajo, el agente con TIP NUM000 procedió a comprobar el contenido de la copia de salvaguarda que había realizado en la que se encontró distintas carpetas y, tras abrir dos o tres carpetas, abrió la carpeta denominada «Trance», en la que encontró imágenes de contenido pornográfico con menores de edad, por lo que preguntó a sus compañeros por la cartera y le indicaron que ya había sido entregada a su propietario.

Posteriormente siendo las 14.30 horas de 15 de junio de 2016 comunicó lo sucedido al Sargento Jefe del Grupo de Policía Judicial de TUDELA, con TIP NUM005, quien se encontraba en el desarrollo de otra investigación y una vez finalizada ésta, tras valorar el contenido de las imágenes guardadas en la copia de salvaguarda o de seguridad de la memoria USB y de las tarjetas SD, los agentes apreciaron la presencia de archivos de un explícito contenido sexual con intervención de menores en las carpetas denominadas «DIRECCION003» y «DIRECCION004», motivo por el cual se confeccionó el atestado entregado a las 9.24 horas del día 21 de junio de 2016 en el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de Tudela, junto con un CD con archivos informáticos obtenidos de la memoria USB y de las dos memorias SD y por lo que ese mismo día se solicitó mandamiento para la entrada y registro del domicilio sito en PASEO001 número NUM006 de la localidad de TUDELA, residencia de E., así como de los garajes y trasteros afines, ordenadores personales, discos duros, memorias digitales, CD, DVD y otros objetos susceptibles de haber sido usados para la ocultación de los ilícitos penales que motivan la petición o como medio para la perpetración de los mismos y de la documentación relacionada con cualquiera de tales efectos, en cualquier soporte en que se hallara, bien sea documental o telemático, como ordenadores personales, teléfonos, agendas personales etcétera; entrada y registro a realizar a partir de la hora indicada del día 22 de junio de 2016 y durante un plazo de 24 horas.

El registro, previa autorización judicial, se llevó a cabo. Durante su práctica, el investigado aportó a los agentes una copia de la memoria USB que había perdido días atrás y que fue entregada a la Guardia Civil. Además, se procedió a la incautación de numerosos dispositivos propiedad del encausado que, posteriormente, tras su volcado informático, pudo comprobarse que contenían material incriminatorio de similar contenido al hallado en la citada memoria.

En la declaración prestada ante la Guardia Civil por el investigado en calidad de detenido el 22 de junio de 2016, asistido de letrado de oficio, fue preguntado sobre si mantuvo algún tipo de relación sexual con uno de los menores, a lo que manifestó «que no, que al menos conscientemente, que si las ha mantenido era porque estaba etílico». En la declaración del investigado ante la autoridad judicial, aquel se acogió su derecho a no declarar.

A continuación,

mediante auto dictado el 26 de agosto de 2016 se acordó la detención y personación de E. como investigado por un delito de agresión sexual a menores de edad, efectuándose su detención el 28 de agosto de 2016, momento en el que portaba en un bolso bandolera junto con sus pertenencias y documentos, un teléfono móvil, una cámara fotográfica y una carterita negra conteniendo un pendrive USB de color negro-dorado marca Duracel de cuatro GB de capacidad, procediéndose a su incautación. El detenido manifestó su deseo de no prestar declaración ante los agentes, negán-

dose asimismo a prestar declaración ante la autoridad judicial, si bien cuando fue someramente preguntado si autorizaba el volcado del dispositivo USB que le había sido incautado respondió afirmativamente.

Los agentes de la Guardia Civil, una vez revisado el material que había sido intervenido, solicitaron un nuevo mandamiento para la entrada y registro en el citado domicilio del investigado, que tendría lugar el día 29 de agosto de 2016, para la intervención en su caso de «ordenadores personales, discos duros, memorias digitales, CD, DVD u otros objetos susceptibles de haber sido usados para la ocultación de ilícitos penales».

Por el juez instructor se dictó resolución el 29 de agosto de 2016 acordando «autorizar la entrada y registro interesada, la extracción y exploración, tanto mecánica como manual, de toda la información contenida en los dispositivos de almacenamiento de memoria (ordenadores, tablets, CD, DVD, dispositivos USB, etc.) que se encuentren en el registro domiciliario» y «la extracción y exploración, tanto mecánica como manual, de toda la información contenida en dispositivos de almacenamiento que portaba en el momento de su detención (teléfono móvil, cámara CANON, memoria USB)».

En esta resolución se considera innecesaria la autorización expresa para el examen de la memoria USB recién incautada, ya que el detenido habría consentido el examen de la misma ante la autoridad judicial:

... siendo las 17,05 horas del día 29 de agosto de 2016 se efectuó la correspondiente entrada y registro, en presencia de E., consintiendo este voluntariamente la práctica de la misma en su presencia y la de su letrado, ocupándose los siguientes efectos: caja conteniendo teléfono móvil Samsung Galaxy S4, teléfono Nokia-Lumia, dos memorias USB «SanDisk» de 8 y 16 GB en su empaquetamiento, tarjeta de memoria SD de 4GB, videocámara Sony, modelo DCR-SR72, 60 GB, mando a distancia «Philips» Digital Timer DVD, dos tablet Samsung, «Nexus Asus».

Estas diligencias de investigación derivaron directa y sucesivamente del visionado de la copia de salvaguarda o de seguridad de la memoria USB y de las tarjetas SD que se realizó el día 14 de junio de 2016 careciendo de cobertura legal y de autorización, sin que existiese necesidad, ni urgencia alguna, habiéndose realizado la copia y el visionado por el agente a quien se entregó el bolso perdido, en una actuación negligente...

Tanto en los dispositivos que inicialmente se examinaron, como en los luego analizados como consecuencia del primer y segundo registro, se encontraban fotografías pornográficas que incluían a menores de edad. Tras ulteriores indagaciones, se constató que el investigado había agredido sexualmente a dos menores de edad pertenecientes a su núcleo familiar más estrecho.

1.3. Siete sentencias

Este estremecedor relato fáctico dio lugar, antes de dictarse la STS que comentamos, a nada menos que seis sentencias sucesivas en la instancia:

1.º El 15 de enero de 2019 la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, dictó sentencia [SAP Navarra 9/2019, de 15 de enero] por la que absolvía al

acusado por apreciar —como cuestión previa— que las pruebas en su contra tenían una procedencia ilícita. Declaración de ilicitud que hacía extensiva a todo el material probatorio obrante en la causa.

2.º El 2 de julio de 2019 la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dictó sentencia [STSJ Navarra 14/2019, de 2 de julio] por la que estimó los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular. El TSJ anuló la resolución mencionada en el apartado anterior y ordenó la práctica en el plenario de la prueba admitida, con una nueva composición de los miembros del tribunal de instancia.

La sentencia dictada por el TSJ de Navarra contó con el voto particular disidente de uno de sus magistrados, favorable a la confirmación de la sentencia recurrida.

3.º El 28 de agosto de 2020 la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra dictó sentencia [SAP Navarra 208/2020, de 28 de agosto] absolviendo nuevamente al acusado, tras la celebración íntegra del juicio oral, al considerar que la ilicitud originaria de la obtención de la prueba (con violación del derecho a la intimidad del acusado) había generado asimismo la violación al derecho a un proceso con todas las garantías. La AP concluye que debía excluirse del acervo probatorio la prueba inicial controvertida y todas aquellas unidas a ella por un nexo causal, que apreciaba entre la actuación inicial vulneradora del derecho a la intimidad y la totalidad de prueba de cargo practicada con posterioridad.

4.º El 11 de enero de 2021 la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, estimando los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, dictó sentencia [STSJ Navarra 2/2021, de 11 de enero] anulando la resolución reseñada en el apartado anterior. El TSJ declara la licitud y validez de parte de la prueba practicada y ordena la devolución de las actuaciones a la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra, para que la misma Sala y con la misma composición —y sin haber lugar a la repetición del juicio oral— dictase nueva sentencia en la que se analizase y valorase, con plena libertad de criterio, la prueba resultante de las entradas y registros de 21 de junio de 2016 y de 28 de agosto de 2016.

5.º El 24 de marzo de 2021 la Sección Segunda de la Audiencia Provincial dictó sentencia [SAP Navarra 84/2021, de 24 de marzo] por la que condenaba al acusado por la comisión de cinco delitos a penas que sumaban treinta años de prisión. Siguiendo las indicaciones del TSJ de Navarra, excluyó como prueba de cargo, por ilícita, la copia de la memoria USB realizada por el agente, y fundó la condena en la prueba resultante de las entradas y registros de 21 de junio de 2016 y de 28 de agosto de 2016, apreciando su desconexión de juridicidad con respecto al primer material incriminatorio.

6.º Finalmente, la Sentencia del TSJ de Navarra, Sección 2ª, de 17 de enero de 2022 [STSJ Navarra 1/2022, de 17 de enero] desestimó el recurso de apelación interpuesto por el acusado.

7.º Frente a esta última resolución se interpuso recurso de casación por el acusado, que fue resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 891/2022, de 11 de noviembre [MP: Berdugo Gómez de la Torre]. Esta STS parte igualmente de la ilicitud de la copia y posterior examen del dispositivo USB por parte de los agentes de la Guardia Civil, pero al igual que el TSJ de Navarra considera válida la prueba refleja.

La STS 891/2022, de 11 de noviembre, no fue dictada por unanimidad, siendo emitido un voto particular discrepante por el magistrado Javier Hernández García.

2. LA EVOLUCIÓN RESTRICTIVA DEL TS Y DEL TC: DE LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD A LA DOCTRINA *LISTA FALCIANI*

2.1. El giro progresivamente funcionalista de la jurisprudencia

Después de unos inicios inequívocamente garantistas, el TC —que se adelantó al legislador a la hora de negar valor probatorio a la prueba directa e indirectamente obtenida como consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales (*cf.* STC 114/1984, de 29 de noviembre, con una espléndida ponencia de Luis Díez-Picazo²)—, a través de la conocida como doctrina de la (des)conexión de la anti-juridicidad, fue limitando progresivamente la fuerza expansiva de la exclusión de la prueba ilícita (STC 81/1998, de 2 de abril; 121/1998, de 15 de junio y 49/1999, de 5 de abril).

La citada STC 114/1984, de 29 de noviembre, tras negar la existencia de un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas ilícitas, indicó que una decisión judicial basada en ese material probatorio afectaría al derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en conexión con el derecho a la igualdad de partes en el proceso (art. 14 CE). También señaló —desde una perspectiva que apenas fue explorada después por el propio TC— que la prueba ilícita debía además reputarse «impertinente» a los efectos previstos en el art. 24.2 CE³.

La clave de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, fue la consideración de la interdicción de la admisión de la prueba ilícita como una garantía objetiva e implícita en el sistema de derechos fundamentales, de dimensión constitucional. Una garantía autónoma que se integraba dentro de las incluidas en el art. 24.2 CE.

² Sentencia del Tribunal Constitucional que también ha sido objeto de duras críticas, como la de González González (2007, p. 375-380).

³ La STC 114/1984, de 29 de noviembre, fue precedida de los Autos del TC de 21 de marzo y de 16 de mayo de 1984, que no reconocieron alcance constitucional a la regla de exclusión de la prueba ilícita.

Esta doctrina fue complementada por la STC 81/1998, de 2 de abril, que precisó que «al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia» (FJº 3). Advertía el TC a renglón seguido que solo si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas sucederá tal cosa, pues si existen otras pruebas de cargo válidas e independientes de la vulneración la presunción de inocencia podría no resultar finalmente infringida.

No obstante, la novedad más relevante que introdujo la citada STC 81/1998, de 2 de abril —con ponencia de Tomás Vives Antón— fue exigir la concurrencia, para declarar la nulidad de la prueba derivada o indirecta, además de una conexión causal o natural entre la prueba directa ilícita y aquella, de una conexión jurídica —antijuridicidad—. El TC apela en último término a verificar la eficacia disuasoria de una eventual declaración de nulidad de la prueba derivada ilícita sobre la vulneración futura de derechos fundamentales:

En la presencia o ausencia de esa conexión [de antijuridicidad] reside, pues, la *ratio* de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones [...] En consecuencia, la cuestión es la de si excepcionar, en los términos en que lo efectúan las resoluciones impugnadas, la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en otra contraria a las exigencias del art. 18.3 C.E. no significa, de algún modo, incentivar la comisión de infracciones del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y, por lo tanto, privarle de una garantía indispensable para su efectividad.

La apreciación de esta conexión jurídica exige, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 747/2015, de 19 de noviembre de 2015, un examen complejo de las circunstancias concurrentes:

Así las cosas, para que opere la prohibición de valoración de las pruebas reflejas o derivadas se precisa que concurra una vinculación o un nexo no solo causal o natural entre la prueba ilícita y la derivada, sino que se exige también un vínculo o nexo de antijuridicidad que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la *ratio* de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones.

Para determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no —se afirma en la STS 511/2015 y en otras de esta Sala— hemos de analizar, según el Tribunal Constitucional, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho constitucional materializada en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de dilucidar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella; pero, también hemos de ponderar, desde una perspectiva que debe considerarse externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Ambas perspectivas, según ya se anticipó, son complementarias.

En cuanto a la perspectiva interna, es fundamental ponderar la gravedad del menoscabo del derecho constitucional en liza y su ámbito de repercusión en el caso concreto con respecto a las pruebas reflejas. Ha de considerarse, en primer término, cuál de las garantías de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (presupuestos materiales, intervención y control judicial, proporcionalidad, expresión de todas y cada una de las exigencias constitucionales) ha sido efectivamente menoscabada y en qué forma (STC 81/1998).

En lo que atañe a la perspectiva externa, ha de atenderse a la necesidad de tutela del derecho fundamental menoscabado según las circunstancias del caso concreto, ponderando si la conducta de los órganos encargados de la investigación penal se hallaba encaminada a vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones u otro derecho fundamental. A tal efecto, se procurará constatar si se está ante una vulneración intencionada, gravemente negligente o simplemente errónea, datos indiciarios que se consideran especialmente significativos para sopesar las necesidades de activar el efecto disuasorio por estimarlo indispensable para tutelar de cara al futuro la eficacia del derecho fundamental menoscabado, a cuyo fin debe procederse a la anulación de las pruebas derivadas.

En la jurisprudencia de esta Sala se acostumbra a citar como criterios idóneos para excluir la conexión de antijuridicidad y validar por tanto las pruebas reflejas o derivadas los siguientes: el descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado entre la prueba ilícita y la refleja, el hallazgo casual, la fuente independiente, la ponderación de intereses, la autoincriminación del imputado en el plenario, y alguna otra (STS 320/2011, de 22-4; 811/2012, de 30-10; 69/2013, de 31-1; 912/2013, de 4-12; 963/2013, de 18-12; 73/2014, de 12-3; 511/2015, de 17-7).

El acogimiento de la doctrina de la conexión de la antijuridicidad a partir de la STC 81/1998, de 2 de abril, propició la progresiva incorporación a nuestra jurisprudencia de varias excepciones a la ilicitud de la prueba refleja —cuyo origen puede detectarse con facilidad en previas decisiones del TS de EE. UU.—, tales como la de la buena fe (STC 22/2003, de 10 de febrero), el hallazgo inevitable (STS 284/2000), el nexo atenuado (STC 136/2006, de 8 de mayo) o la autoincriminación voluntaria (STC 161/1999, de 27 de septiembre), así como la toma en consideración de la intencionalidad o negligencia grave en la violación originaria y la entidad objetiva de la vulneración cometida (la denominada «perspectiva externa»⁴).

No es difícil atisbar en esta construcción dogmática una estructura ponderativa o, dicho de forma más rigurosa, un desarrollo aplicativo del principio de proporcionalidad, con sus subprincipios característicos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁵.

Doctrina, todo sea dicho, de una notable vaguedad, que impide realizar pronósticos certeros sobre lo que dirán las resoluciones que decidan sobre la licitud de la prueba y que dificulta sobremanera un control intersubjetivo de las verdaderas razones manejadas para optar por una solución o la contraria⁶.

Como ocurre tantas veces, la introducción de determinadas excepciones a la regla —a través de la doctrina de la conexión de antijuridicidad— produjo un crecimiento «metastásico» —por emplear las palabras de la STS 195/2014, de 3 de marzo— de

⁴ Como se comprobará a continuación, algunos de esos factores (buena fe del agente o comportamiento posterior del acusado) fueron determinantes para condicionar el sentido de la STS 891/2022, de 11 de noviembre.

⁵ Para un análisis reciente y riguroso del principio de proporcionalidad, *cf.* Lascaraín Sánchez (2021, p. 71-89).

⁶ Un botón de muestra: el contraste es llamativo entre la STS 891/2022, de 11 de noviembre, y otra resolución coetánea de la Sala Segunda, la STS 971/2022, de 16 de diciembre, que decreta la nulidad de la prueba derivada de un acceso no autorizado por parte de la policía a los datos médicos de uno de los acusados. Para un comentario crítico de esta última STS, *cf.* Del Moral García (2023, p. 36-46).

aquellas dentro del sistema. O, si se prefiere, una suerte de manifestación de la segunda ley de la termodinámica en la dogmática procesal penal: la tendencia creciente hacia formas desorganizadas, con el consiguiente aumento de la entropía⁷.

Admito que es muy posible que una construcción tan abstracta sea la que mejor se acomode a un problema tan complejo y casuístico como el de la ilicitud de la prueba derivada porque, en último término, supone la aplicación, más o menos enmascarada, del principio de proporcionalidad (la solución más habitual en el derecho comparado).

Cuestión distinta es que, en un ordenamiento como el español, en el que una norma vigente prescribe de forma expresa que tal nulidad debe aplicarse en todo caso, sea admisible la realización de ponderaciones *contra legem*.

La progresiva introducción de la doctrina de la conexión de la antijuridicidad supuso, bien mirado, un desplazamiento del fundamento de la exclusión de la prueba ilícita. Si en un principio este era el estatuto constitucionalmente privilegiado de los derechos fundamentales y el respeto a la presunción de inocencia —en el entendimiento de que tan solo podría ser enervada a través de pruebas de cargo válidamente obtenidas, en las que el Estado, por así decirlo, jugara siempre limpio—, con el paso del tiempo pasó a serlo, en exclusiva, el efecto desaliento de las actuaciones irregulares por parte de los agentes de la autoridad.

Es, desde luego, una evolución claramente importada de la jurisprudencia de EE.UU., país del que desde hace mucho se trasplantan al derecho continental modos de operar que, al margen del juicio de política criminal que merezcan —el *plea bargaining* es el ejemplo más señero—, evidencian una visión del proceso penal poco acorde con los principios clásicos del derecho penal liberal.

Quizá el punto de no retorno puede fijarse, con justicia, en las sentencias del TS (STS 116/2017, de 23 de febrero) y del TC (STC 97/2019, de 16 de julio) en el caso *lista Falciani*, que admitían ya sin ambages la validez de la prueba obtenida de manera ilícita por particulares⁸ —a condición de que esa injerencia no tuviera como finalidad recabar pruebas para aportarlas a un proceso penal—, a despecho de la literalidad del art. 11.1 LOPJ y, por cierto, también de la STC 114/1984, de 29 de noviembre⁹.

La STS de la Sala Segunda 56/2022, de 24 de enero, acoge y depura conceptualmente esa nueva doctrina constitucional —en lo que a la obtención de la prueba ilícita por particulares se refiere—, abogando por una ponderación judicial *contextual*

⁷ Sobre la aplicación de los principios de la física al ordenamiento jurídico, *cf.*: Villar Palasí y Villar Ezcurra (1993, p. 79-104). También, Tribe (1989, p. 1-39).

⁸ Admisión de validez —con algunos matices relevantes, porque esta no es irrestricta— que contaba con algunos precedentes aislados, pero que no era ni mucho menos la tendencia dominante en la Sala Segunda hasta ese momento. *Cf.*: la jurisprudencia citada en la STS 116/2017, de 23 de febrero.

⁹ Para la STC 114/1984, de 29 de noviembre, «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...»

que «no se bas[e] en soluciones estáticas, aplicables, como una suerte de respuestas automatizadas y protocolizadas, con independencia de las condiciones objetivas y subjetivas en las que se produce la lesión».

En este último caso, el TS confirma la declaración de ilicitud de un acceso inconsciente a las cuentas de correo electrónico corporativo de los acusados realizado por un particular, sin que fuera óbice para lo anterior que quien accediera al contenido de los correos no fuera la persona que después ejercitó la acción penal. La *ratio decidendi* de la STS 56/2022, de 24 de enero, descansa en que los documentos se obtuvieron por un tercero (particular) con la precisa finalidad de aportarlos al proceso y, algunos de ellos, cuando ya se había iniciado, en sustento de la posición procesal del querellante.

2.2. El fundamento de la regla de exclusión

No faltan comentaristas en España que, desde la doctrina, han abrazado el utilitarismo como única explicación dogmática posible a la exclusión probatoria. Algunos autores, como Del Moral García (2023, p. 7), cuestionan el fundamento iusfundamental de la exclusión probatoria: la ilegitimidad de las condenas fundadas en pruebas de cargo ilícitas como manera de preservar «la integridad constitucional» (Ambos, 2009, p. 61) y el valor preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento. A juicio de aquel autor, al afrontar el problema de la ilicitud probatoria se estaría incurriendo, de alguna forma, en el error lógico «de derivar efectos epistemológicos de una cuestión deontológica». Y ello en la medida en que, en algunos casos, «deducir la invalidez de la prueba como fuente de conocimiento de la vulneración de algún derecho fundamental en su obtención comporta un salto poco lógico»¹⁰.

No creo que sea así. La cuestión no es que se dude de la fiabilidad epistémica de una prueba ilícita —algo que dependerá de multitud de factores, como el modo en que esta se obtuvo, pero no solo—, sino que para preservar la garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales (por decirlo con el léxico de la STC 114/1984, de 29 de noviembre) es imprescindible que se descarte el rendimiento probatorio extraído de las lesiones de los derechos más elementales de los ciudadanos.

Para aquellos que, como Andrés Ibáñez (2020, p. 97-99), rechazan fundar la *exclusionary rule* únicamente en el efecto disuasorio, la presunción de inocencia, para ser vencida, precisa de prueba de cargo legítima en tanto que válida: si el Estado no respeta sus propias *reglas del juego* —incluyendo, muy señaladamente, las de mayor rango jerárquico—, difícilmente podrá sostenerse que la aplicación del *ius punien-*

¹⁰ Es justo reconocer la coherencia de Del Moral García, quien ya desde el voto particular que acompañaba a la STS 569/2013, de 26 de junio, viene abogando con absoluta claridad por un entendimiento puramente funcionalista de la regla de la exclusión probatoria.

di al acusado es constitucionalmente tolerable. Naturalmente que esta perspectiva garantista conlleva dolorosas consecuencias contraepistémicas¹¹, pero toda decisión —también la de optar por el utilitarismo benthamiano más pretendidamente aséptico— tiene costes para el sistema¹².

Respetando el principio de caridad argumentativa o de acomodación racional —y ya he adelantado que creo que la ponderación es la técnica más convincente para enfrentarse al complejo fenómeno de la prueba ilícita—, no me parece intelectualmente riguroso caricaturizar la posición de quienes sostienen que la dimensión objetiva del derecho fundamental vulnerado exige que la prueba derivada de aquel no pueda ser introducida en el proceso¹³. Una posición, todo sea dicho, que encuentra respaldo en uno de los pensadores centrales del liberalismo del siglo xx:

Existen casos en los que admitimos como deber el no decidir atendiendo a la verdad, aun cuando fuera fácilmente accesible, precisamente para respetar un derecho, o para promover bienes o valores elevados, o para ambas cosas a la vez. (Rawls, 1996, p. 253-254)

A mi juicio, no se trata de fundamentaciones incompatibles. La regla de exclusión probatoria es, primordialmente, una garantía estructural del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Derechos que no solo confieren a sus titulares unas facultades subjetivas determinadas, sino que, en su dimensión objetiva, constituyen la espina dorsal de nuestro sistema de garantías, de manera que su conculcación en el seno de una investigación penal no solo perjudica al sujeto titular del derecho fundamental afectado por la injerencia ilícita.

De quedar sin respuesta, esa lesión agrieta —en perjuicio de toda la sociedad— la posición constitucionalmente privilegiada de estos derechos y su papel central como elemento de contención ante los excesos del poder estatal. Unos excesos que no son, en rigor, fruto de patología alguna concreta de nuestro sistema policial o judicial, sino que acaecen en todas las democracias por la inevitable tendencia expansiva de todo poder del Estado no sujeto a un control efectivo.

¹¹ Enfáticamente subrayadas por epistemólogos como el recientemente fallecido Laudan (2011, p. 295), para quien la regla de exclusión no sería más que uno de los «lastres» que impedirían elevar el número de condenas penales socialmente deseables para reducir la delincuencia. Para una aproximación crítica a la obra de Laudan, *cfr.*, Andrés Ibañez (2021, p. 83-100).

¹² No se trata, creo, a diferencia de lo que afirma Del Moral García (2023; 7), de que se niegue la existencia —por seguir su ejemplo— de la droga ilegítimamente incautada, convirtiéndola en una suerte de «no-droga o droga legal». Va de suyo que es un hecho empíricamente constatable. Cuestión distinta es que sea constitucionalmente admisible —y esto ya es un juicio de valor jurídico— utilizar el dato de su existencia para fundar una condena penal. Si bien se mira, algo parecido ocurre cuando se aprecia la prescripción del delito: no se pone en duda que algo ilícito haya sucedido, sino la legitimación constitucional —por otras razones— de la condena penal (STC 63/2005, de 14 de marzo).

¹³ *Cfr.* González González (2007, p. 373-378). No es el caso, desde luego, de Del Moral García, cuya posición —que no comparto— ha sido expuesta de forma rigurosa. Para apreciar los matices de su postura, *cfr.* la conferencia *Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita*, accesible en esta dirección: <https://youtu.be/yQ0MMw40HfE?si=8VGHqLIhy5HKayhw>

Reconocer lo anterior no menoscaba el beneficioso efecto disuasorio que pueda derivarse de la aplicación de esa regla de exclusión probatoria, sobre todo a la vista de que cuando se producen tales violaciones de derechos fundamentales en el curso de la investigación policial, rara vez, por no decir nunca, sus autores reciben una corrección disciplinaria¹⁴.

Lo que se agrava, además, por el hecho de que las eventuales declaraciones judiciales de nulidad de las pruebas suelen producirse muchos años después de que se produjeran esas intromisiones ilegítimas, lo que dificulta aún más la exigencia de responsabilidades individuales.

Un último apunte: reconocer la existencia de un fundamento adicional o alternativo al *deterrent effect* no conlleva necesariamente, en abstracto, concluir que toda prueba derivada o indirecta debería ser reputada ilícita. No son inimaginables supuestos en los que la injerencia ilegítima sea de muy baja intensidad y la declaración de nulidad en cascada de toda la prueba pueda ser manifiestamente desproporcionada. Ante este problema —el de la prueba ilícita—, en el que afloran, por así decirlo, todas las contradicciones del sistema, creo que debemos huir de automatismos y soluciones rígidas, por lo que el juicio de ponderación deberá realizarse caso por caso¹⁵. Pero, como luego veremos, el legislador español de 1985 optó por incorporar este juicio ponderativo —y su resultado— a la propia norma.

Dicho de otra forma: el reconocimiento del estatus de garantía constitucional de la regla de exclusión de la prueba ilícita no determina necesariamente, desde un punto de vista dogmático, que no quepa resolver los problemas que plantea a través del principio de proporcionalidad o incluso de la conexión de antijuridicidad (de no existir un precepto como el art. 11.1 LOPJ, naturalmente).

¹⁴ Debido a las obvias dificultades que presenta medir este extremo, no existe un cuerpo robusto de evidencia empírica concluyente del que se desprenda que la regla de exclusión probatoria sea la medida más eficaz para prevenir vulneraciones de derechos fundamentales por parte de la policía. Tampoco creo que exista una evidencia concluyente de lo contrario, al menos en la experiencia de EE. UU. Para una primera aproximación al problema de la validación empírica del efecto desaliento de la regla de exclusión, *cfr.* Totten y Cobrit (2013, p. 71-110): «*Perhaps most importantly, the study's findings concerning police chiefs' perceptions of the impact of exclusion of evidence as a deterrent for police misconduct during arrests in the knock-and-announce area may not reflect the Justices' belief in Hudson that exclusion is no longer an effective deterrent for knock-and-announce misconduct by police. In particular, most police chiefs (64.6%) perceive the mechanism of exclusion of evidence as having a substantial impact (e. g., "help the most" or "help somewhat") in preventing knock-and-announce violations during police arrests.*»

¹⁵ Un asunto del que no puede ocuparme ahora, pero que requeriría de algunas matizaciones, es qué debe entenderse, en este contexto, por «ponderar». En última instancia, en un sentido lato, la conexión de antijuridicidad, como ya he dicho, posee una estructura interna esencialmente ponderativa: «Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción, o detrimento, de un principio o derecho, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro principio». (Alexy, 2011, p. 15). Como es sabido, para este autor «la ponderación puede ser considerada como una parte de lo que requiere un principio más general: el principio de proporcionalidad. Este principio, el que —de manera explícita o implícita— es aplicado básicamente en todo el ámbito constitucional, es de una considerable complejidad interna. Comprende tres sub-principios: el principio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Aquí sólo nos interesa el último de estos tres principios. El que será denominado "Ley de la Ponderación"» (2009, p. 41).

Recapitulando, a mi modo de ver la doctrina de la conexión de la antijuridicidad presenta algunas objeciones no desdeñables: genera incertidumbre *ex ante* sobre la licitud de la obtención de las pruebas en casos fronterizos —con la posible mitigación de su efecto disuasorio— y, dada la pluralidad de factores invocados (fuente independiente, hallazgo inevitable, nexo atenuado, autoincriminación del acusado, etc.), a menudo entremezclados, dificulta el control intersubjetivo *ex post* de las razones reales sobre las que descansa la decisión y favorece una suerte de discrecional *cherry-picking* judicial¹⁶.

También posee virtudes, al permitir la realización de un juicio de proporcionalidad, ponderando así las circunstancias del caso ante un conflicto de intereses tan complejo como el que casi siempre encierra la prueba ilícita derivada. Pero —y enseguida volveré sobre esto— esta doctrina me parece difícilmente compatible con el art. 11.1 LOPJ.

2.3. La sinceridad de los jueces

Es perfectamente legítimo —si uno parte de la (discutible) premisa de que la exclusión de la prueba ilícita no tiene anclaje constitucional— cuestionar, desde un punto de vista estrictamente funcionalista, si los costes anudados a la privación de efectos de la prueba ilícita superan a los beneficios que esta medida profiláctica proporciona al sistema.

Ahora bien, esa toma de postura hubiera exigido, a mi criterio, una derogación o modificación sustancial del apartado primero del art. 11 LOPJ¹⁷. Reforma legislativa que nunca se ha producido y que, paradójicamente, no ha impedido que el TS y el TC hayan consagrado, *sotto voce*, una exégesis abrogatoria del precepto.

La característica falta de sinceridad en la motivación real de las resoluciones judiciales ante casos difíciles, típica de los ordenamientos del derecho continental, en franco contraste con los tribunales anglosajones, ha provocado que esta *interpretatio abrogans* haya pasado relativamente desapercibida¹⁸.

Nótese la descarnada forma de razonar del *justice* Scalia en su *leading opinion* de la sentencia *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006):

¹⁶ Para Miranda Estrampes (2010, p. 149), «en la práctica dicha doctrina [la de la conexión de antijuridicidad] actúa como una suerte de mecanismo justificativo de carácter abierto y permeable que posibilita el acceso a nuestro ordenamiento jurídico de excepciones tanto a la eficacia refleja de la prueba ilícita como a su eficacia directa».

¹⁷ Aunque no toda la doctrina estima que el contenido concreto de esta norma de desarrollo de la garantía constitucional —condición que le reconoce de forma expresa la STS 116/2017, de 23 de febrero— sea determinante. El razonamiento es llamativo: «Por tanto, el tenor literal del artículo 11.1 LOPJ tiene una importancia relativa, y más aún si se le considera una simple (y poco menos que automática) emanación de la norma suprema». (González González, 2007, p. 388).

¹⁸ Sobre sinceridad y motivación de las resoluciones judiciales, *cf.* Hernández García (2013, p. 400-408).

We cannot assume that exclusion in this context is necessary deterrence simply because we found that it was necessary deterrence in different contexts and long ago. That would be forcing the public today to pay for the sins and inadequacies of a legal regime that existed almost half a century ago.

En su origen, la *exclusionary rule* apareció directamente vinculada a la IV y V Enmiendas de la Constitución de EE. UU. (caso *Boyd vs. US.*, 116 US 616, 1886; y *Weeks vs. US.*, 232 US 383, 1914), que prohíben, respectivamente, los registros y detenciones arbitrarias sin que exista causa justificada y las autoincriminaciones involuntarias¹⁹.

Scalia concluía así su análisis utilitarista —después de enterrar definitivamente el primigenio nexo iusfundamental que había apreciado el TS de EE. UU. a finales del siglo XIX como fundamento de la exclusión probatoria—:

The costs here are considerable. In addition to the grave adverse consequence that exclusion of relevant incriminating evidence always entails (cfr., the risk of releasing dangerous criminals into society), imposing that massive remedy for a knock-and-announce violation would generate a constant flood of alleged failures to observe the rules [...] The cost of entering this lottery would be small, but the jackpot enormous: suppression of all evidence, amounting in many cases to a get-out-of-jail-free card. [...] In sum, the social costs of applying the exclusionary rule to knock-and-announce violations are considerable; the incentive to such violations is minimal to begin with, and the extant deterrences against them are substantial—incomparably greater than the factors deterring warrantless entries when Mapp was decided. Resort to the massive remedy of suppressing evidence of guilt is unjustified.

Podrán compartirse o no estos razonamientos, por supuesto. Pero su sinceridad es elogiabile.

La prosa de la STS 116/2017, de 23 de febrero —caso *Lista Falciani*—, es por el contrario mucho más alambicada:

... más allá del fecundo debate dogmático acerca de lo que se ha llamado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría. El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios, ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado. No rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas incriminatorias. Nada tiene que ver esa actuación con la de un agente al servicio del Estado...

En cualquier caso, la Sala Segunda —en una resolución hábilmente construida— realiza un indudable esfuerzo de contención: la STS 116/2017, de 23 de febrero, «no busca formular una regla con pretensión de validez general. Tampoco aspira a proclamar un principio dirigido a la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y que luego son utilizadas en un proceso penal».

¹⁹ Para un análisis detallado de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EE. UU. sobre la regla de exclusión, *cfr.*: Miranda Estrampes (2019).

Planteado recurso de amparo contra esa resolución, la Sentencia del TC 97/2019, de 16 de julio —dictada por el Pleno de sus magistrados, con una poco frecuente, al menos en los últimos tiempos, unanimidad—, ratificó la no exclusión de aquellas pruebas obtenidas por particulares de forma ilícita, siempre que esa injerencia en los derechos fundamentales del acusado no tuviera en origen por objeto, precisamente, su ulterior utilización como prueba de cargo en el proceso penal. Pero fue un paso más allá que la STS 116/2017, de 23 de febrero.

Este paso consistió, como denunció de forma vigorosa Asencio Mellado (2019, p. 1 y ss.), en negar el carácter de garantía constitucional a la exclusión de la prueba ilícita, que quedaba degradada ahora por el TC a una mera cuestión de naturaleza procesal, no amparada por derecho fundamental sustantivo alguno y únicamente examinable a la luz de las garantías del «proceso justo» (concepto hasta cierto punto extraño a nuestra jurisprudencia constitucional, extraído de la doctrina del TEDH).

Se piense lo que se piense sobre la doctrina fijada por la STC 97/2019, de 16 de julio, lo que no es dudoso es que, al contrario de lo que se afirma en esa resolución, sí produjo una radical mutación constitucional con respecto a lo declarado por el Tribunal Constitucional en su STC 114/1984, de 29 de noviembre. Y ese es quizá el mayor reproche que merece.

2.4. Los límites de la interpretación abrogatoria

Pero, aunque la cuestión se redujera a una mera opción del legislador —como sostiene la STC 97/2019, de 16 de julio—, lo cierto es que el párrafo 1º del art. 11 LOPJ, en su actual redacción, veda reducciones sedicentemente teleológicas como las sostenidas por las citadas STS y STC: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

«Ninguna ley natural atribuye a las palabras un significado. No hace falta ser Ludwig Wittgenstein o Hans-Georg Gadamer para saber que una comunicación exitosa depende de la existencia de significados compartidos entre [distintas] comunidades interpretativas.» Conviene tener presente este pasaje, escrito hace ya algunos años por el juez Easterbrook (*Continental Can Company, Inc., Plaintiff-appellant, v. Chicago Truck Drivers, Helpers and Warehouse Workers Union [Independent] Pension Fund*, 1990) antes de abordar la interpretación de cualquier texto legal, pues el criterio gramatical no solo constituye el punto de partida de toda labor hermenéutica (STC 225/2002, de 9 de diciembre): también su límite.

Se ha dicho —y estoy de acuerdo— que la *ratio* «es el alma de la Ley»: la «clave fundamental» para interpretar aquellas normas que no sean claras (STS [1ª], de 2 de julio de 1991) y, por consiguiente, de rango superior a otros criterios de interpretación.

Para el profesor Rojo Fernández-Río (2006, p. 517-540), la invocación del «espíritu» y de la «finalidad» de la norma tiene que realizarse teniendo presente la existencia de dos límites intrínsecos que ningún intérprete puede transgredir:

a) El primer límite es el de la claridad semántica de la norma. La interpretación teleológica de un precepto no puede conducir a un resultado que esté en abierta contradicción con su tenor literal. A falta de sólidas razones verificables intersubjetivamente, no es lícito presuponer que el legislador haya adoptado una solución legislativa contraria al sentido gramatical de sus palabras. Dicho de otra forma, la interpretación teleológica no puede conducir a la abrogación (*rectius*: derogación material) de la norma interpretada.

b) El otro límite es el de la objetividad del *telos* normativo. El principal escollo para interpretar una norma legal conforme a su supuesto «espíritu» y «finalidad» consiste precisamente en determinar cuál fue el propósito concreto perseguido por el legislador a la hora de promulgarla, evitando así el fenómeno de la «invención» *ex post* de la *ratio*. El «espíritu» y la «finalidad» tienen que deducirse objetivamente del precepto legal y de la ley en la que este se inserta.

La lectura cada vez más reduccionista del art. 11.1 LOPJ que hacen el TS y el TC no respeta, a mi juicio, ninguno de esos dos límites. Nada en la dicción del precepto autoriza a limitar la exclusión probatoria a pruebas obtenidas ilícitamente por agentes de la autoridad —o a particulares con la finalidad de aportarlas a un proceso judicial²⁰—. El espíritu y finalidad del legislador de la LOPJ de 1985 fue, sin lugar a duda, convertir en norma con rango de ley la doctrina fijada por el TC en su STC 114/1984, de 29 de noviembre, como subrayó en su día alguien muy ligado a su tramitación parlamentaria y no precisamente sospechoso de simpatizar con la dimensión constitucional de la exclusión de la prueba ilícita (De la Oliva Santos, 2006, p. 190-194 21).

Tampoco parece que los criterios histórico —que nos retrotrae de nuevo a la STC 114/1984²²— y sociológico —no se atisba un cambio en el contexto social que

²⁰ Salvo que aceptemos, de forma lewiscarrolliana, que la locución «no surtirán efectos» puede significar exactamente lo contrario de lo que dice:

—Cuando yo uso una palabra —insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdenoso— quiere decir lo que yo quiero que diga... ni más ni menos.

—La cuestión —insistió Alicia— es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.

—La cuestión —zanjó Humpty Dumpty— es saber quién es el que manda... eso es todo (Carroll, 2004, p. 88).

²¹ Porque, aunque la enmienda 952 del Grupo Popular del Congreso —que está en la génesis del art. 11.2 LOPJ, ya que el Proyecto de Ley no regulaba la ilicitud de la prueba— no estuviera inspirada en esa STC (algo por lo demás obvio porque la redacción de la enmienda es anterior en el tiempo), la enmienda núm. 374 introducida posteriormente por el Grupo Socialista en el Senado, acogida por la ponencia, propuso introducir este texto —que sería el finalmente promulgado—: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». La justificación de esta última enmienda no puede ser más nítida: «... la referencia a las pruebas se acomoda a lo declarado por el Tribunal Constitucional en sentencia dictada en el recurso 114/84».

²² Algunos autores, como De la Oliva Santos o González González, han intentado restar valor a los pronunciamientos sobre la prueba ilícita contenidos en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, al sostener que se trataba de afirmaciones *obiter dicta*. Argumento en buena medida desactivado por la propia jurisprudencia constitucional (STC 184/2004, de 2 de noviembre), que relativiza la diferencia

justifique una lectura tan forzada del art. 11.1 LOPJ— justifiquen una exégesis tan restrictiva del precepto²³.

Con su característica agudeza, el profesor Gascón Inchausti (2020, p. 783-800) ha subrayado que el art. 11.1 LOPJ es un precepto que lleva incorporado el resultado del juicio de ponderación ante la colisión de derechos e intereses contrapuestos que siempre representa la aportación al proceso de prueba ilícita. Y cuya finalidad primordial era, precisamente, evitar que tal ponderación la efectuaran los jueces caso por caso, con el riesgo de que las pulsiones antigarantistas acabaran por relegar la regla de la exclusión²⁴.

3. LA REGULACIÓN NORMATIVA COMPARADA Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

3.1. El estado de la cuestión en el derecho comparado

Es clásica la cita —aunque en muchas ocasiones sin atribuirle correctamente su autoría— del principio proclamado por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en su sentencia de 14 de junio de 1960 (BGHS 14, 358, 365) al establecer que «no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio».

Ahora bien, si alguna conclusión se puede extraer del examen de la normativa y jurisprudencia comparadas es la falta de criterios unívocos e incluso la coexistencia de resoluciones contradictorias dictadas por parte de los distintos tribunales supremos y constitucionales.

autoritativa entre la razón de decidir de las sentencias del TC y el *dictum* argumentativo que se relaciona más o menos lateralmente con las razones decisivas del fallo. En todo caso, lo relevante es que el legislador decidió convertir en norma con rango de ley esa doctrina, formara parte o no de la *ratio decidendi* de la STC 114/1984, de 29 de noviembre.

²³ Pico i Junoy (2019) alude hábilmente a la interpretación sistemática para justificar una lectura reduccionista del art. 11.1 LOPJ: «Y aquí lo cierto es que en nuestro sistema jurídico se reconoce con el máximo nivel de protección, esto es, como derecho fundamental, al derecho a la prueba, que tiende a permitir la mayor actividad probatoria, máxime cuando el propio texto constitucional no prevé la interdicción de la prueba ilícita, por lo que, en principio, no hay otro derecho fundamental en juego que justifique la limitación del derecho a la prueba. Desde esta perspectiva sistemática, solo cuando se vulnere un derecho fundamental de contenido procesal —el mismo que tiene el derecho a la prueba— podría justificarse la limitación del derecho a la prueba». Frente a este argumento, puede replicarse, en línea con lo afirmado por la STC 114/1984, que ese derecho consiste en la facultad de aportar prueba «pertinente» para la defensa. Y por «pertinente» debe entenderse no solo aquella que sea apta epistémicamente para apuntalar la estrategia defensiva de quien la propone, sino también «lícitamente» obtenida.

²⁴ Al prever el art. 11.1 LOPJ la ineficacia no solo de la prueba directa, sino también de la indirecta, se introdujo normativamente la «teoría de los frutos del árbol envenenado», acuñada por el TS de EE. UU. (cfr. *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 1920) y a la que en ocasiones el TS español se ha referido como «efecto dominó» (STS 1239/1994, de 17 de junio).

De hecho, incluso la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE. UU. que la STS 891/2022, de 11 de noviembre, invoca no es tan lineal como la Sala Segunda parece dar a entender. Como oportunamente recuerda el voto particular, el TS norteamericano —aun con la deriva regresiva de las últimas décadas, que con tanta agudeza analizó entre nosotros el malogrado Manuel Miranda (2019)— viene rechazando la admisión de pruebas obtenidas ilícitamente no solo cuando el agente infringe de forma deliberada el ordenamiento jurídico, sino también cuando lo hace de manera ostensiblemente negligente:

When the police exhibit «deliberate,» «reckless,» or «grossly negligent» disregard for Fourth Amendment rights, the deterrent value of exclusion is strong and tends to outweigh the resulting costs. (Davis v. United States, 2011).

En cuanto al resto de referencias al derecho comparado que contiene la STS 891/2022, de 11 de noviembre, debe concederse que su cita, aunque por fuerza concisa, es ciertamente rigurosa, pero poco provechosa por dos razones²⁵. La primera es la imposibilidad de encontrar criterios comunes entre las distintas legislaciones procesales nacionales, lo que impide extraer lecciones concluyentes en su sentido o en otro. No es por ello casual que el TEDH haya evitado posicionarse explícitamente a este respecto, salvo en los casos de prueba obtenida bajo tortura o con vulneración del derecho a la no autoincriminación.

La otra razón es que una aproximación muy casuística preside la actuación de los diversos tribunales constitucionales y de casación de los Estados miembros de la UE.

Valga como ejemplo que el BGH alemán, aun partiendo de que para su ordenamiento jurídico la exclusión probatoria es una genuina excepción que deberá ser debidamente justificada, declara que las violaciones de derechos fundamentales cometidas por policías, fiscales o jueces cuando son «serias, deliberadas o arbitrarias» —coincidiendo así con el TS de EE. UU.— conducen al expurgo probatorio (*Bundesgerichtshof*). Ejemplo de lo anterior es la decisión del BGH de 15 de agosto de 2018 (NJW 789, 2019)²⁶. También, por cierto, cuando esas violaciones afectan al «núcleo

²⁵ Debe hacerse notar que los más acérrimos detractores de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, paradójicamente, criticaban esta resolución por haber acudido a la regulación normativa comparada de la regla de exclusión. Así, puede leerse que «un *obiter dictum* que, además, enlaza con una serie de consideraciones acerca de las tesis que se mantienen por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de un lado, y por el Tribunal Constitucional italiano, de otro, que no se entiende bien ni por qué constan en una sentencia del TC, ni qué importancia pueda tener para la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución lo que se haga en otras naciones» (González González, 2007, p. 376). Discrepo de esta forma de autismo metodológico. La prueba ilícita es un problema común a todas las jurisdicciones, de forma que el examen de las soluciones comparadas siempre será útil. No comparto esa suerte de excepcionalismo jurídico-procesal, de corte esencialmente regresivo. No es casual que los magistrados del TS de EE. UU. más vinculados a la interpretación constitucional originalista hayan sido quienes de forma más radical se hayan negado a acudir a las enseñanzas del derecho extranjero como elemento interpretativo para dirimir controversias constitucionales. Cfr. el voto particular concurrente del magistrado Scalia a la sentencia *Sosa v. Alvarez-Machain* 542 U.S. 692 (2004).

²⁶ Una exhaustiva panorámica de la jurisprudencia alemana puede leerse en Ransiek (2023).

duro» de la intimidad, como recuerda la sentencia del *BverfG* de 25 de noviembre 2010, 2 BvR 2111/09:

Sin embargo, la prohibición de utilizar la prueba se exige constitucionalmente al menos en los casos de violaciones procesales graves, deliberadas o arbitrarias en las que se hayan lesionado gravemente las garantías de los derechos fundamentales. La prohibición absoluta de utilizar pruebas resultantes directamente de [la violación de] los derechos fundamentales solo ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional Federal en aquellos casos en los que se afecta el núcleo duro de la vida privada.

Otro tanto puede decirse de la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa a la hora de interpretar los arts. 171 y 802 del *Code de procédure pénale* —para la que resulta determinante si la intromisión lesionó o no derechos fundamentales o el llamado «principio de lealtad»— y de la *Corte Suprema di Cassazione* italiana al aplicar la complejísima figura de la *inutilizzabilità* (art. 191 del *Codice di procedura penale*²⁷), una atípica categoría de invalidez procesal que se proyecta sobre el valor probatorio del acto, pero no sobre la validez intrínseca de este.

Incluso en el ordenamiento jurídico portugués, que en el art. 32 de su Constitución vigente consagra de forma directa la nulidad de las pruebas «obtenidas mediante tortura, coacción, ofensa de la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio o en la correspondencia o telecomunicaciones», la interpretación doctrinal y jurisprudencial mayoritaria admite también modulaciones a través del juicio de ponderación casuístico (Mosquera Blanco, 2018, p. 10).

3.2. La posición del TJUE y del TEDH: cuestión de énfasis

Como ha hecho notar Gascón Inchausti (2020), el enfoque —todavía incipiente— de la exclusión probatoria por parte del TJUE se ha separado del empleado por el TEDH, pues aquel parece partir de la prevalencia al derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que habrá de ser la exclusión probatoria la que deba justificarse con arreglo al principio de proporcionalidad²⁸.

Dicho a la inversa: «Si lo establecido en la sentencia Puškár se elevara a la categoría de regla general, la consecuencia práctica sería clara: el artículo 11.1 LOPJ, interpretado literalmente, podría considerarse contrario al principio de efectividad» (Gascón Inchausti, 2020, p. 798) en la medida en que la exclusión automática de pruebas ilícitas podría considerarse contraria al derecho a la tutela judicial del artículo 47 CDFUE y, con él, de los derechos subjetivos materiales —de creación o configuración europea— a cuya protección se aspiraba en el proceso.

²⁷ Para una examen detallado de la regulación comparada y de su interpretación por los distintos tribunales nacionales, *cf.* Armenta Deu (2011) y, más recientemente, Mosquera Blanco (2018, p. 5-11).

²⁸ *Peter Puškár/Finančné Riaditeľstvo Slovenskej Republiky y Kriminálny Úrad Finančnej Správy, C-73/16*, STJUE de 27 de septiembre de 2017

No es ocioso recordar que el «legislador europeo ha asumido de forma progresiva competencias en materia procesal penal y las está ejerciendo para definir el estatuto jurídico del encausado» (Gascón Inchausti, 2022, p. 96). El objetivo primordial es facilitar la cooperación penal dentro de la UE, como forma de combatir eficazmente la delincuencia transfronteriza. Con esa finalidad la Unión Europea ha aprobado ya hasta seis Directivas para reforzar la posición jurídica del acusado y obligar a los Estados miembros a reconocerle derechos que, hasta ese momento, no tenían ese estatus normativo. No obstante, en materia de prueba ilícita no ha habido avance armonizador alguno²⁹.

En cualquier caso, la inspiración aparente del nuevo paradigma del TC no es la incipiente jurisprudencia del TJUE, sino la doctrina del TEDH. Ya hemos visto que para el Tribunal de Garantías español lo esencial deja de ser ya la constatación de la efectiva violación del derecho y las consecuencias procesales anudadas. Ahora, el parámetro es otro: la consecuencia de esa injerencia desde la perspectiva, bastante etérea, de la idea de «proceso justo», importada del TEDH.

Pero conviene recordar que la vulneración del derecho al proceso justo como límite a la aportación de la prueba ilícita por parte de la Corte de Estrasburgo no procede en su origen de una decisión tendente a minusvalorar la trascendencia de esa ilicitud, sino de la inexistencia de una noción compartida sobre la *exclusionary rule* entre los países firmantes del CEDH. La Sentencia de 1 junio 2010 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), caso *Gäfgen contra Alemania*, lo afirma con rotundidad (párr. 174):

El Tribunal señala que no se percibe con claridad ningún consenso entre los Estados contratantes del Convenio, las jurisdicciones de otros estados y otros órganos de control del respeto a los derechos del hombre en lo que respecta al campo de aplicación preciso de la regla de exclusión (véase las referencias indicadas en los apartados 69-74 supra).

El TEDH afirma reiteradamente que no le corresponde pronunciarse sobre la admisibilidad en juicio de las pruebas supuestamente ilícitas, dado que el Convenio no regula expresamente este problema. Se trata de una cuestión no recogida de forma expresa en el CEDH y su respuesta, por tanto, corresponde a los tribunales nacionales. La Corte de Estrasburgo considera que no puede excluir «en principio y en abstracto

²⁹ El art. 12.2 de la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, contiene una referencia, muy tangencial, a este asunto: «2. Sin perjuicio de las disposiciones y sistemas nacionales sobre admisibilidad de pruebas, los Estados miembros garantizarán que en los procesos penales se respeten los derechos de la defensa y las garantías de un juicio justo a la hora de sopesar las declaraciones que haga un sospechoso o acusado, o las pruebas que se obtengan vulnerando su derecho a un letrado, o en aquellos casos para los que el artículo 3, apartado 6, autorice que se establezca una excepción a este derecho». Cfr. también el art. 11.1 f) de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

que se admita una prueba conseguida ilegalmente»; solo le corresponde averiguar si el proceso, considerado en su conjunto, fue un proceso justo (*Schenk contra Suiza*, STEDH, de 12 de julio de 1988, §46). Tal comprobación la lleva a cabo a través de un análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso en el que sopesa los intereses en juego (a través de la técnica del *balancing* o ponderación).

Dicho esto, la realidad es que solo en los casos de pruebas obtenidas mediante tortura o amenazas serias contra la integridad física, así como con vulneración del derecho a no autoincriminarse —o mediante la provocación policial al delito— concluye el TEDH que se vulnera además el derecho a un juicio justo, incluso cuando la prueba ilícitamente obtenida no fuera la única manejada en el proceso.

Cuando los derechos vulnerados son otros —en particular, el derecho a la vida privada— el enfoque es mucho más deferente. Esa lesión del art. 8 CEDH no determina automáticamente la vulneración del derecho a un proceso justo, sino que —como ha sistematizado Sánchez Yllera (2013, p. 245)— ello depende de que: *i*) se haya respetado el derecho de defensa contradictorio —si el acusado pudo conocer la ilicitud e invocarla en el proceso penal—; *ii*) de la fiabilidad de la prueba —si su ilicitud condiciona también las garantías de su autenticidad—; *iii*) de su conclusividad —aunque la prueba ilícita no sea enteramente fiable, puede ser tomada en consideración si el resto del cuadro probatorio corrobora los hechos—, y *iv*), en última instancia, del resultado de la ponderación de los derechos e intereses concurrentes dadas las circunstancias concretas de cada caso.

Solo desde ese punto de partida —y de llegada— se entiende que la STC 97/2019, de 16 de julio, concluya que el art. 11.1 LOPJ no se refiere a cualquier violación de derechos fundamentales, sino tan solo a las que se utilicen «instrumentalmente (como) medios de investigación que lesionen estas titularidades primordiales». Y que la violación de derechos fundamentales en la obtención de la prueba no constituye una vulneración de una garantía propia ínsita en los arts. 24.2 y 14 CE, sino que tan solo determinará la nulidad del material probatorio aportado si se infringen los principios estructurales del derecho al «proceso justo y equitativo»:

El sentido específico de la garantía del proceso debido incluida en el art. 24.2 CE es, así, el de proteger a los ciudadanos de la violación instrumental de sus derechos fundamentales que ha sido verificada, justamente, para obtener pruebas. Con ello, se protege la integridad del sistema de justicia, la igualdad de las partes y se disuade a los órganos públicos, en particular, a la policía, pero también a los propios particulares, de realizar actos contrarios a los derechos fundamentales con fines de obtener una ventaja probatoria en el proceso. Fuera de tales supuestos, esto es, cuando no existe una conexión o ligamen entre el acto determinante de la injerencia en el derecho fundamental sustantivo y la obtención de fuentes de prueba, las necesidades de tutela de dicho derecho son ajenas al ámbito procesal y pueden sustanciarse en los procesos penales o civiles directamente tendentes a sancionar, restablecer o resarcir los efectos de la vulneración verificada en aquel (STC 97/2019).

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, Nº 891/2022, DE 11 DE NOVIEMBRE

4.1. Consideraciones preliminares

Vaya por delante que soy plenamente consciente de la extrema gravedad de los delitos investigados en este caso y de la notable complejidad que conlleva siempre la ponderación de los intereses contrapuestos, necesaria para determinar correctamente la conexidad jurídica de las pruebas derivadas de origen ilícito. La STS 891/2022, de 11 de noviembre, es meritoria por su esfuerzo argumental y hábil manejo del derecho comparado, pero —a mi entender— sus conclusiones no son satisfactorias. Intentaré convencer al lector de que las razones invocadas por el voto particular discrepante — un modelo de contención y precisión argumentativa— constituyen, por decirlo a la manera de Dorwkin, una mejor interpretación de los materiales jurídicos necesarios para resolver el caso.

La primera objeción que surge tras la lectura de la STS 891/2022, de 11 de noviembre, es que esta sigue una sistemática poco coherente y no siempre sencilla de entender. La razón de decidir de la sentencia comentada incurre en cierta acumulación deslavazada de afirmaciones que no aclaran de forma suficiente el motivo definitivo de la decisión.

Si examinamos la estructura formal de la STS se constata que, de forma algo confusa, se funda (apartado 2.2) en reconocer la ilegalidad del primer acceso irregular (la prueba directa obtenida del clonado y examen subrepticio del dispositivo), pero sosteniendo que la condena se fundó en otras pruebas, que parece querer decir que son independientes de la primera. Ahí es donde se enumeran los 5 apartados —o subrazones— que llevan a los magistrados de la mayoría a concluir que existe esa alegada desconexión jurídica; pese a eso, posteriormente en el apartado 2.5 (el 2.4 es una simple reproducción de una resolución anterior) el TS afirma hacer el balance propio de la teoría de la conexión de antijuridicidad, repitiendo en buena medida, y de formar circular, los factores de desconexión ya expuestos en los apartados precedentes, y reserva el apartado 2.6 para un análisis sintético del derecho comparado.

En mitad de esa argumentación (apartado 2.3) es cuando el TS invoca la doctrina aplicable a las vulneraciones de derechos fundamentales cometidas por particulares en la obtención de pruebas incriminatorias, si bien de forma algo dubitativa («... hacen que puedan ser de aplicación algunas consideraciones...») y no del todo clara, puesto que, aunque parece que esos razonamientos estarían orientados a equiparar la posición del agente a la de un simple particular, tampoco podría excluirse del todo que se aludiera a que fue un particular —la persona que encontró abandonada la bandolera en el parque— quien aportó esos elementos de prueba a la Guardia Civil. De hecho, leyendo la STS no queda claro si estamos ante un razonamiento *obiter dictum* o si prescindiendo de este argumento —la equiparación entre la actuación de

un particular y la del agente de la Guardia Civil— el sentido del fallo hubiera sido distinto.

El voto particular discrepante se sirve de un esquema dialéctico mucho más articulado. Tras examinar la (fuerte) expectativa de privacidad del ciudadano dueño de la memoria USB —con un sólido acercamiento a la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida privada—, analiza la ausencia de factores mitigadores que, en el caso examinado, pudieran justificar que no se aplicara el «fuelle reactivo» de la ilicitud probatoria frente a la injerencia cometida por un agente de la autoridad. A continuación, aplica la doctrina de la conexión de antijuridicidad —llegando a una conclusión diametralmente contraria a la de sus compañeros— para centrarse de manera muy particular en las condiciones en las que el acusado prestó su conformidad al examen e incautación de sus dispositivos.

Matiza con precisión las referencias de la mayoría del TS a la jurisprudencia norteamericana y enfatiza que, incluso desde los laxos parámetros de la STC 97/2019, de 16 de julio —que cita de forma expresa—, cabe concluir que en el caso que nos ocupa «el Estado tomó una indebida ventaja para la persecución del delito, comprometiendo la integridad del proceso penal».

A continuación, examinaré todos esos argumentos —los de la mayoría y los del magistrado discrepante— con algo más de detalle.

4.2. La protección legal reforzada del acceso a los dispositivos de almacenamiento masivo

Lo advirtió Hegel: pensar en un límite ya es, de alguna manera, traspasarlo. Y era cuestión de tiempo que ese Rubicón se cruzara.

En este caso, esta vía de escape estaba, en principio, cegada: quien accedió ilícitamente al contenido de la memoria USB fue un agente de la autoridad y no un particular³⁰.

Conviene retenerlo: un agente de la autoridad que, en el ejercicio de sus funciones públicas —en el servicio de atención al ciudadano del puesto de la Guardia Civil en Tudela—, recibe de un particular un dispositivo USB encontrado en un parque y que, por su cuenta y riesgo, decide realizar una copia íntegra de este para después acceder, sin permiso de su propietario —ya identificado en el momento de producirse esa intromisión y que incluso se había personado para retirar su pertenencias—, a su contenido.

³⁰ Con la finalidad de simplificar el análisis de la STS 891/2022, de 11 de noviembre, me referiré en todo momento tan solo a la memoria USB, si bien lo entregado al servicio de atención al ciudadano de la Guardia Civil era una bandolera que, además de ese dispositivo y de la documentación personal de su propietario, contenía dos tarjetas SD en las que también había guardados archivos pornográficos.

Un acceso, importa precisar, que no tenía relación alguna con la identificación de su dueño, previamente realizada por otros medios: a través de la documentación personal que también le fue entregada al agente por la persona que encontró esos objetos abandonados, dado que el dispositivo y la documentación personal se encontraban dentro de la misma bandolera³¹.

El agente no solo creyó conveniente acceder —por razones ignoradas— al contenido de la memoria USB, sino que abrió varios de los archivos guardados (dos o tres, según se recoge de forma algo imprecisa en los hechos probados) hasta dar con una carpeta denominada «Trance», en la que encontraron los archivos pedófilos (la carpeta número 23 de las incluidas en la memoria³²). Decidió realizar subrepticamente una copia de ese disco duro, para poner examinarlo al día siguiente, cuando entrara a trabajar en su turno de tarde³³.

Esta invasión de la privacidad de un ciudadano se realiza, además, existiendo una prohibición legal expresa de hacerlo sin autorización judicial, salvo en casos de urgencia.

El legislador fue plenamente consciente de que el acceso no autorizado a estos dispositivos —que por su amplia capacidad permiten guardar infinidad de archivos de todo tipo— supone una lesión que afecta al núcleo duro del derecho a la intimidad, pues suelen albergar un conjunto de datos e información muy sensible (fotografías, vídeos, correspondencia, notas, etc.) sobre su propietario. Y es que la suma agregada de toda esa información presenta el riesgo de que, de accederse ilegítimamente a su contenido, se obtuviera un perfil muy definido de todos los aspectos de la vida íntima del interesado (ideología, confesión religiosa, preferencias sexuales, etc.).

Así lo establecen los nuevos artículos 588 sexies a) y b), de la LECrim, tras la reforma operada por la LO 13/2015, en vigor cuando sucedieron estos hechos —aunque la STS 891/2022 parezca sostener lo contrario en el penúltimo párrafo del FJ 2.1^o³⁴—:

³¹ Identificación verificable adicionalmente por medio del examen de otros archivos en formato Word y PDF del dispositivo —que se hallaban sueltos dentro de la memoria y que por tanto eran accesibles sin necesidad de abrir ninguna de las veintitrés carpetas— con títulos tan sugerentes como «currículum vitae», «currículum vitae modificado», «vida laboral» o «DNI».

³² No es imposible, pero sí improbable estadísticamente, que la apertura del archivo nº 23 por el agente fuera obra del azar, si con arreglo a los hechos probados solo se abrieron «2 o 3» carpetas del dispositivo. La memoria contenía veintitrés carpetas y una multitud de archivos sueltos que consistían en documentos en formato Word y PDF que hubieran permitido la identificación del propietario en cuestión de segundos («Currículum vitae», «DNI», etc.). Que el material incriminatorio se hallara precisamente en la última de las carpetas según su orden numérico apunta, más bien, a un acceso masivo al contenido de todas ellas en busca de información comprometedoras o sensibles.

³³ Algo que efectivamente hizo al llegar a su puesto de trabajo, cuando horas antes el propietario de los enseres los había retirado personalmente, tras ser avisado por la Policía Local con la que, a su vez, el agente de la Guardia Civil había contactado el día anterior tras examinar la documentación personal hallada junto al dispositivo.

³⁴ Esta expresión («evidentemente no puede ser tomado en absoluto en consideración para intervenciones realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma») está tomada literalmente de

Artículo 588 sexies a. Necesidad de motivación individualizada.

1. Cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos.

2. La simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado posteriormente por el juez competente.

Artículo 588 sexies b. Acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados fuera del domicilio del investigado.

La exigencia prevista en el apartado 1 del artículo anterior será también aplicable a aquellos casos en los que los ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, sean aprehendidos con independencia de un registro domiciliario. En tales casos, los agentes pondrán en conocimiento del juez la incautación de tales efectos. Si éste considera indispensable el acceso a la información albergada en su contenido, otorgará la correspondiente autorización.

Si es precisa una autorización judicial expresa para acceder al contenido de este tipo de dispositivos —incluso si los agentes de la autoridad cuentan con una orden judicial de registro domiciliario— cuando tal acceso se produce en el seno de un proceso penal, con mayor razón aún será inadmisibles que un agente invada este espacio de intimidad de un ciudadano cuando la instrucción ni siquiera ha comenzado formalmente. Es decir: cuando el investigado está completamente indefenso³⁵.

4.3. La buena fe de los agentes

La Sentencia del TS 891/2022, de 11 de noviembre, afirma que «la actuación (del agente) se lleva a cabo de buena fe», lo que causa desconcierto: no es difícil concluir que el guardia civil no solo estaría infringiendo la ley, sino muy plausiblemente cometiendo un delito de descubrimiento de secretos (arts. 197 y 198 CP³⁶).

la STS 597/2022, de 15 de junio, en lo que parece un lapsus de la Sala Segunda, pues en nuestro caso la reforma sí estaba en vigor cuando se produjeron los hechos. Aunque es también posible que se trate de un simple error de redacción y que la intención del TS fuera citar textualmente ese precedente, en la medida en que esa resolución se invoca al inicio del apartado 2.1.

³⁵ La STS 891/2022, de 11 de noviembre, reconoce la infracción de ese precepto en el segundo párrafo del apartado 2.2 («Es cierto que en este momento originario no procedió conforme a lo dispuesto en el art. 588 sexies LECrim»), pero, por razones que no explica, no considera esta infracción relevante para la resolución del motivo casacional.

³⁶ Para una interpretación reciente de los elementos del tipo, *cf.*: STS 616/2022, de 22 junio. La Sentencia núm. 183/2022, de 13 mayo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª), condena a un antiguo alto cargo policial por copiar sin autorización judicial un *pendrive* con datos sensibles y remitir esa copia a la Dirección General de la Policía.

Según el relato de hechos probados, el «descubrimiento» del material delictivo por parte del agente no le llevó a poner en conocimiento del juez este hallazgo de forma inmediata —lo que nos da otra pista sobre sus verdaderas intenciones—, sino que dio cuenta a sus superiores, que decidieron —por razones que no se explican, porque posiblemente no puedan serlo— examinar este material incriminatorio, sin intervención judicial de ninguna clase, durante el nada desdeñable plazo de seis días consecutivos.

En lo que constituye el primero de los pasos en falso de la resolución, la Sala Segunda afirma que «no se desprende intención alguna de vulnerar la intimidad ni de obtener pruebas de delito» por parte del agente. Sobre esa base insegura, la STS sostiene que «tal circunstancia debe necesariamente ser tenida en cuenta a los efectos de ponderar los intereses en juego y la existencia o no de conexión de antijuridicidad con las actuaciones judiciales que se desarrollaron posteriormente».

Naturalmente que la conducta del agente debía de tenerse en cuenta a la hora de realizar el juicio de ponderación. Pero, a los ojos de cualquier observador imparcial, para inclinar la balanza hacia la exclusión probatoria y no a la inversa. Porque para que la postura de la STS fuera sostenible hubiera sido preciso que en los hechos probados de la sentencia se hubiera hecho constar ese ánimo seráfico por parte del guardia civil³⁷.

Una de las críticas más justificadas que suscita esta STS es que sus razonamientos parten a menudo de apreciaciones fácticas que no figuraban en el relato de hechos probados fijado por el tribunal de enjuiciamiento (AP de Navarra). Técnica procesal doblemente censurable porque, como subraya Lascurain Sánchez (2019), genera indefensión para el acusado y menoscaba su presunción de inocencia (*cf.*, también sobre esta cuestión la STS 769/2003, de 31 de mayo).

Resulta obvia la trascendencia de este dato —la intención con la que el agente copió el contenido íntegro del dispositivo de un tercero y procedió luego a su examen— para la labor de ponderación entre los intereses contrapuestos. Este hecho contra reo no podía ser tomado en cuenta, porque el tribunal que debía hacerlo —el que valoró las pruebas— no lo consideró probado. Por tal razón, no integraba el relato fáctico cuya calificación se discutía en casación y no formaba parte tampoco del marco procesal en el que el acusado trataba de defenderse³⁸.

³⁷ Quizá el empleo de términos como «buena» o «mala fe» del agente, en este contexto, es equívoco. De lo que se trataba era de determinar la finalidad con la que el agente clonó el contenido del dispositivo y procedió después a su examen. No trata, a mi entender, de emitir un juicio de valoración jurídica sobre su conducta, sino de verificar si se ha acreditado o no un hecho psicológico: «Que los hechos psicológicos sean internos u observables, no significa que no sean auténticos hechos [...] significa tan solo que, a diferencia de los hechos externos, que al menos en el momento en que se producen son directamente constatables, los hechos psicológicos son de más difícil averiguación, pues, por definición, requieren siempre ser descubiertos (o inferidos) a partir de otros hechos externos [...] el conocimiento de hechos psicológicos es siempre un conocimiento indirecto a partir de otros hechos» (Gascón Abellán, 2010, p. 71).

³⁸ Es más, esto es lo que consta en los hechos declarados probados: «Estas diligencias de investigación derivaron directa y sucesivamente del visionado de la copia de salvaguarda o de seguridad de la

Podemos prescindir en este punto del debate existente en relación con el canon de exigencia probatoria de la (i)licitud de la prueba y sobre si se aplica o no en este ámbito el muy exigente estándar —más allá de toda duda razonable— del principio de presunción de inocencia: en este caso no hay discusión acerca de que el agente copió y accedió de forma conscientemente ilícita —o gravemente negligente, cuando menos— al dispositivo del acusado³⁹.

A continuación, la Sala Segunda incurre, a mi entender, en un nuevo paralogismo. Aduce que «el agente no pretende obtener pruebas de la comisión de un delito que se venía investigando [...] no es una actuación de un funcionario policial que utiliza un “atajo” al margen de la ley en busca de pruebas de un delito». Dicho de otra forma, en la medida que «en aquel momento no había ni investigación policial ni procedimiento judicial en marcha» parece apuntarse, bien a que deberían atenuarse las exigencias garantistas sobre la preceptiva autorización judicial, bien a que la exclusión de esta prueba no tendría efecto desincentivador alguno para los agentes de la autoridad.

Se trata de un argumento formalista de corto alcance: se hubiera iniciado o no la investigación, el guardia civil realizó un clonado del contenido de la memoria USB sin necesidad alguna —el propietario ya había sido identificado por él mismo a través de otros medios— y procedió al examen detenido de sus archivos incurriendo en una ilegal *fishng expedition* de libro. Sin que, por cierto, se acreditara que tal conducta estuviera avalada por protocolo policial alguno. Al contrario de lo afirmado por la STS, que de nuevo al margen de los hechos probados alude a un ignoto «contexto de los protocolos policiales respecto de los objetos y efectos perdidos por los ciudadanos».

Y en cuanto al *deterrent effect*, cuesta creer que el efecto disuasorio vaya a ser menor —y menos necesario— en los casos en los que, mediante la potencial comisión de un ilícito penal, un agente de la autoridad invade abruptamente, durante su jornada laboral y haciendo uso de un material al que ha tenido acceso en virtud de esa condición de funcionario público, la intimidad de un ciudadano sin la previa existencia de indicio alguno de criminalidad en contra de él⁴⁰. No hay noticias, por cierto, de que el agente en cuestión fuera sancionado disciplinariamente.

memoria USB y de las tarjetas SD, que se realizó el día 14 de junio de 2016 careciendo de cobertura legal y de autorización, sin que existiese necesidad, ni urgencia alguna, habiéndose realizado la copia y el visionado por el agente a quien se entregó el bolso perdido, en una actuación negligente».

³⁹ Sobre ese estándar probatorio específico, *cfr.* Del Moral García (2023, p. 46-48).

⁴⁰ Si ya es grave que un agente vulnere derechos fundamentales de los investigados para obtener pruebas de cargo en el seno de una investigación en marcha, no creo que lo sea menos —desde el punto de vista axiológico— que esa injerencia injustificada se produzca dentro de una suerte de informal *inquisitio generalis*. Valdrá la pena recordar que este tipo de investigaciones prospectivas carecen de legitimidad constitucional aun cuando se realicen con finalidades de prevención delictiva. La reacción de la maquinaria del Estado frente a posibles hechos delictivos no debe ser pretexto para una actuación irreflexiva y desproporcionada de sus agentes, pues solo cabe iniciar una investigación penal cuando exista una verdadera *notitia criminis* (Aguilera Morales, 2008, *passim*).

El segundo eslabón del razonamiento de la STS tampoco tiene, a mi juicio, cimientos sólidos. Ante la afirmación de que «esta inicial actuación no se oculta ni se camufla por los agentes de la autoridad», pues «se elaboró el correspondiente atestado policial que se remitió a la autoridad judicial con un CD conteniendo los archivos informáticos obtenidos de aquellos dispositivos USB y SD y dando cuenta de las actuaciones realizadas» cabe replicar —ya lo he dicho— que los agentes no pusieron de inmediato en conocimiento del juez estos hallazgos, sino que demoraron la presentación del atestado durante el espacio de seis largos días. Es un hecho declarado probado.

En el F.J. 2º.3, la Sala Segunda llega hasta el punto de sostener —otra vez, no me importa insistir, contrariando los hechos probados— que «*de forma inmediata se elaboró el correspondiente atestado judicial que fue trasladado a la autoridad judicial*» (la cursiva es mía). Es más, y de seguirse la línea argumentativa de la STS —que la mera tenencia de ese material suponía la comisión *permanente* de un delito— no se entiende bien por qué no aplica el plazo de veinticuatro horas del artículo 588 sexies c) LECrim⁴¹. Otro argumento de peso más que debe ponerse en la balanza. Y que sigue inclinándola hacia la exclusión probatoria de la prueba derivada. Nótese, además, que la inexplicada demora en la puesta en conocimiento del juez de estos hechos no es tan solo imputable al agente que accedió por primera vez al dispositivo, sino también a sus superiores jerárquicos⁴².

4.4. La minusvaloración del derecho a la intimidad

El siguiente giro argumentativo de la mayoría del TS tampoco me parece atendible.

Consiste en realizar una gradación del nivel de protección que demandan los derechos fundamentales de los ciudadanos. Para ello se sostiene que debe concederse un trato preferente a aquellos derechos cuya limitación exige autorización judicial *ex Constitutione*:

Como también [debe ponderarse] que el derecho fundamental afectado es el derecho a la intimidad y al «entorno virtual», y no el derecho a la inviolabilidad al domicilio o el secreto de las comunicaciones. Y se precisa esto porque para estos últimos es la propia Constitución en sus arts. 18.2 y 18.3 la que otorga una protección reforzada exigiendo la autorización judicial para su limitación, mientras que en caso de los primeros es la ley (arts. 588 sexies.a LECrim) la que exige, cuando se trata de dispositivos de almacenamiento masivo de información, la autorización judicial.

⁴¹ «En caso de urgencia, la Policía Judicial o el fiscal podrán llevarlo a cabo, informando al juez inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, de la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado».

⁴² Lo que evidencia que los efectos disuasorios de la exclusión de la prueba ilícita estarían en este caso todavía más justificados, pues no fue solo un agente el que se condujo al margen de la legalidad: también, al parecer, varios de los integrantes del grupo de la Policía Judicial de Tudela.

Es, cuando menos, una discutible forma de ponderar el peso abstracto y relativo de los derechos fundamentales en liza. Esos apriorismos axiológicos están, desde luego, muy alejados de la formulación canónica —los derechos fundamentales como mandatos de optimización— de Robert Alexy. En efecto, es característico de la tarea ponderativa la necesidad de atender las circunstancias concretas de cada caso, para decidir así qué interés —de los que se encuentran en conflicto— merece una mayor protección (STC 14/2003 de 28 de enero, F.J. 5º).

Por lo demás, no acaba de convencerme esta distinción jerárquica, puesto que nuestra Ley Fundamental exija o no de forma expresa la autorización judicial para determinadas injerencias en los derechos fundamentales —en algunos casos, por razones históricas de las que ahora no puedo ocuparme— no supone que la CE presuponga un valor iusfundamental de partida inferior. Convendrá recordar ahora la doctrina constitucional contenida en la STC 320/1994, de 28 de noviembre:

No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente.

No creo acertado el establecimiento de esta artificiosa jerarquía de valores constitucionales —con la excepción del derecho a la vida y a la integridad corporal—, pues si así fuese —como ha notado Zagrebelsky (2011, p. 124)— se produciría una incompatibilidad estructural con el carácter pluralista de la sociedad, cuyos miembros pueden discrepar legítimamente sobre qué derechos fundamentales en concreto reputan preferentes. No deja de ser significativo, por otra parte, que la propia CE no contenga jerarquización alguna.

Pero es que, además, si un derecho fundamental merece un trato privilegiado es, sin duda, el derecho a la vida y a la integridad corporal, donde el legislador constitucional no entendió necesario exigir de forma expresa la autorización judicial correspondiente para permitir legítimas injerencias. En efecto, la CE tampoco contempla de forma específica la necesidad de la autorización judicial para la adopción de medidas que suponen una injerencia en el derecho a la integridad moral y física, sin que por ello nadie dude de su rango axiológico prevalente y de la necesidad de recabar la autorización judicial para hacerlo⁴³.

Como apunta la STC 207/1996, de 16 de diciembre —refiriéndose, por cierto, de forma conjunta, a los derechos a la integridad física y a la intimidad, contraponiéndolos a los de la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones—:

⁴³ Recordemos que, con arreglo al artículo 363 LECrim, «... siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad». Esto es, al igual que ocurre con el derecho a la intimidad, una norma con rango de ley regula las injerencias admisibles en el derecho a la integridad corporal, sujetándolas a la correspondiente autorización judicial.

... la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones (art. 18.2 y 3 CE), mas ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del *ius puniendi* (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7.º y 8.º). [...] Así pues, el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la Ley, lo cual nos remite a la siguiente de las exigencias constitucionales antes indicadas.

Pero quizá el argumento más incisivo contra esta degradación axiológica del derecho a la intimidad se desprende del artículo 588 sexies a) LECrim, que dispone que la autorización judicial para llevar a cabo un registro domiciliario no comprende la permisión del acceso por parte de la policía a este tipo de dispositivos electrónicos que se hallaren en el domicilio registrado. Para tal acceso se exige en todo caso una autorización judicial específica *ad hoc*, previa o posterior al registro.

Como ha explicado de forma reiterada la jurisprudencia de la Sala Segunda, la razón de ser de la necesidad de esta autorización específica es la consideración de estos instrumentos como lugar de almacenamiento de una serie compleja de datos que afectan de modo muy variado a la inviolabilidad de las comunicaciones (comunicaciones a través de sistemas de mensajería, por ejemplo, tuteladas por el art 18.3 CE, contactos o fotografías, por ejemplo, tuteladas por el art. 18.1 CE que garantiza el derecho a la intimidad, datos personales y de geolocalización, que pueden estar tutelados por el derecho a la protección de datos, art. 18.4 CE).

La consideración de cada uno de estos datos de forma separada y con un régimen de protección diferenciado es insuficiente para garantizar una protección eficaz, pues resulta muy difícil asegurar que una vez permitido el acceso directo de los agentes policiales a estos instrumentos para investigar datos únicamente protegidos por el derecho a la intimidad (por ejemplo, los contactos incluidos en la agenda), no se acceda también a otros datos tutelados por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones albergados en el mismo dispositivo. Esto explica que el legislador otorgue un tratamiento unitario a los datos contenidos en los ordenadores, teléfonos móviles y dispositivos de almacenamiento masivo, reveladores del perfil personal del investigado, configurando un derecho constitucional de nueva generación: «El derecho a la protección del propio entorno virtual» (STS 204/2016, de 10 de marzo y 342/2013, de 17 de abril).

Por tanto, difícilmente en un ámbito de la intimidad de los ciudadanos en el que, en fechas recientes, el legislador se ha visto obligado a intervenir para otorgarle una protección reforzada específica (creando así, en palabras del voto disidente, una «fuerte expectativa de privacidad») puede sostenerse que su rango iusfundamental sea, por así decirlo, de segundo grado.

4.5. Los agentes de la autoridad no son «particulares»

Pero quizá el aspecto más discutible —y novedoso— de la Sentencia es la invocación de la reciente jurisprudencia de la Sala Segunda —con la Sentencia del Tribunal Supremo 116/2017, de 23 de febrero, caso *Lista Falciani*, como origen— relativa a la no exclusión del material probatorio ilícito obtenido por particulares en determinados contextos⁴⁴.

Porque resulta notorio que, por definición, un agente de la Guardia Civil que en el ejercicio de sus funciones públicas recibe un dispositivo de un tercero no es, bajo ningún punto de vista, un particular. Es exactamente lo contrario.

Se atisba aquí el antedicho rasgo tendencialmente expansivo de las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita. Primero se acepta la obtenida ilegalmente por particulares —en atención precisamente a no ser agentes de la autoridad y, por tanto, no ser susceptibles al efecto disuasorio de su exclusión— para después admitir como prueba de cargo la obtenida ilícitamente por agentes de la autoridad, siempre y cuando no exista, formalmente, una investigación en marcha. Lo que crea incentivos perversos: al policía poco respetuoso con los derechos fundamentales ajenos le interesará demorar al máximo la puesta en conocimiento de los hechos ante la autoridad judicial, puesto que en ese limbo preprocesal podrá actuar como si de un «particular» se tratara. Exactamente lo que el *deterrent effect* debería tratar de conjurar.

La STS 891/2022, de 11 de noviembre, permite otra lectura, con un matiz diverso: la decisivo no sería tanto el inicio de la instrucción judicial como que el agente en concreto no tuviera asignadas funciones de investigación delictiva. Es decir, que el elemento diferenciador estaría en el rol policial asumido y no en la falta de traslado inmediato al órgano judicial.

Pero convendrá recordar que, al margen de que todos los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado asuman esas funciones investigadoras ante una *notitia criminis*, en este caso concreto el agente estaba destinado en el servicio de atención al ciudadano —es decir, precisamente un lugar natural de recepción de denuncias— y que, en todo caso, esta tesis no salvaría los posteriores accesos a la memoria USB por parte de la unidad de investigación de la Guardia Civil.

Llevado el argumento de la STS 891/2022, de 11 de noviembre, hasta las últimas consecuencias, nos situaría ante la necesidad de evaluar la eventual eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*) entre particulares, por mucho que un agente de la autoridad no lo sea. Pero como apunta la STS 56/2022, de 24 de enero, este planteamiento no es más que un artificio retórico. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales no implica que las limitaciones y las garantías se activen de la misma manera cuando el conflicto surge entre particulares o con agentes del Estado:

⁴⁴ Son la STS 244/2022, de 16 de marzo, y la STS 56/2022, de 24 de enero.

No puede desconocerse que la funcionalidad de los derechos fundamentales adquiere una especial dimensión cuando de lo que se trata es, precisamente, de limitar el poder del Estado frente al ciudadano. En puridad, los derechos fundamentales vienen a configurar la comprensión general de las relaciones del Estado y los ciudadanos, garantizando el espacio de libertad del que disponen los segundos para el libre desarrollo de su personalidad en condiciones de dignidad.

4.6. La doctrina de la STEDH, caso *Trabajo Rueda c. España*, de 30 de mayo de 2017

Existe una cuestión no menor —traída a colación por el voto particular discrepante— que la STS 891/2022, de 11 de noviembre, no aborda. Y es cómo conciliar esta nueva vuelta de tuerca a las reglas de exclusión probatoria con la doctrina del TEDH relativa al derecho a la vida privada (art. 8 CEDH).

Existe una cierta imprecisión conceptual en la sentencia comentada al no diferenciar, en su análisis, dos momentos intrusivos sucesivos pero claramente diferenciables. Uno es el acceso del primer guardia civil; el otro es el del equipo de investigación. Aquel es el que se defiende por la Sala Segunda que debe ser equiparado al realizado por un particular —ya hemos visto lo discutible de ese aserto—. Sin embargo, la STS 891/2022, de 11 de noviembre, no explica qué justificaría esta segunda invasión de la privacidad del ciudadano que fue finalmente condenado. Por ello, el apartado 2.3 de la resolución aparece un tanto desligado de los razonamientos de los anteriores y posteriores, que parecen justificar la condena sin apelar a esa ficticia condición de particular del guardia civil.

Ahora bien, lo cierto es que, si se parte de esa equiparación —y esta fuera normativamente aceptable—, en ese juego de espejos cabría equiparar el primer acceso al que realizó el informático en el caso *Trabajo Rueda contra España*, nº 32600/12, STEDH, de 30 de mayo de 2017. Pero lo que reprocha el TEDH al Estado español en esa resolución es el posterior (segundo) acceso del equipo policial sin autorización judicial previa y sin la concurrencia de razones de urgencia que justificaran prescindir de la garantía jurisdiccional. Que es exactamente lo ocurrido en el asunto que resuelve la STS 891/2022, de 11 de noviembre, con el acceso indiscriminado de los miembros de la unidad de investigación al material inicialmente copiado por el agente⁴⁵.

El elefante en la habitación de la Sala Segunda no es otro que el precedente fijado por la STEDH, en el caso *Trabajo Rueda contra España*, nº 32600/12, de 30 de mayo de 2017. Para la Corte de Estrasburgo, incluso en un contexto como el entonces resuelto —en el que un técnico informático, con autorización del propietario del ordenador, y con la intención de repararlo, había descubierto archivos almacenados con imágenes pedófilas, comunicándolo sin solución de continuidad a la policía—,

⁴⁵ El matiz es importante, porque la STS 891/2022, de 11 de noviembre, parte de la ilicitud del primer acceso, pero niega que se proyecte sobre el segundo (el realizado por el equipo de investigación de la Guardia Civil).

se produjo una lesión del derecho a la vida privada al no acreditarse la urgencia del acceso policial sin previo control judicial.

El TEDH alerta en esa resolución del riesgo de abusos de fácil comisión en casos individuales y de acarrear consecuencias perjudiciales para la sociedad democrática⁴⁶. El Tribunal manifiesta desconocer las razones por las que la demora en la obtención de una previa autorización judicial —que podía obtenerse con relativa rapidez— habría obstaculizado la investigación llevada a cabo por la policía sobre los hechos denunciados.

Por ello, la Corte de Estrasburgo concluye que la intervención y el examen por la policía de los archivos del ordenador, tal y como se han realizado en este caso, no eran proporcionados a los fines legítimos que se pretendían y por tanto necesarios en una sociedad democrática, apreciando una lesión del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 8 §2 del Convenio.

Es cierto, como ya he indicado, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplica a la prueba ilícita obtenida a través de la vulneración de los derechos del art. 8 CEDH un canon muy deferente, que solo le lleva a entender conculcado el derecho a un proceso justo, como parámetro fundamental, si existe una afectación al derecho de defensa contradictoria. Si la respuesta es afirmativa, habrá que comprobar si se cumplen los requisitos de fiabilidad y conclusividad de la prueba. Que estos requisitos no se cumplieran tan solo significa que es probable que la Corte de Estrasburgo no apreciaría —en el hipotético caso de que el asunto fuera sometido a su consideración— la conculcación del derecho a un proceso justo, pero no impide que los tribunales nacionales, en el ejercicio de sus respectivos márgenes de apreciación, extraigan conclusiones más garantistas con arreglo a sus particulares culturas procesales y exigencias constitucionales.

Y, al menos hasta ahora para el TS español, cuando la prueba matriz había sido obtenida ilícitamente por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo de forma consciente o manifiestamente negligente, el material incriminatorio obtenido de forma indirecta también era reputado nulo⁴⁷.

⁴⁶ Porque incluso el enjuiciamiento de delitos graves debe someterse a ciertos límites si no queremos «socavar, incluso [...] destruir, la democracia por defenderla». Para el TEDH, «es difícil valorar, en este caso, la urgencia que habría forzado a la policía a intervenir los archivos del ordenador personal del demandante y a acceder a su contenido, sin obtener previamente la autorización judicial requerida normalmente. En efecto, no existía ningún riesgo de desaparición de ficheros ya que se trataba de un ordenador intervenido y retenido por la policía y no conectado a la red de Internet». El TEDH manifiesta desconocer las razones por las que la demora en la obtención de una previa autorización judicial —que podía obtenerse con relativa rapidez— habría obstaculizado la investigación llevada a cabo por la policía sobre los hechos denunciados.

⁴⁷ De hecho, la propia STS 116/2017, de 23 de febrero, (*lista Falciani*) ponía el énfasis en este extremo.

4.7. El juicio de ponderación

Este dato —la condición de agente de la autoridad— es clave para realizar correctamente la compleja operación de ponderación que exige la eventual apreciación de la conexión de antijuridicidad (que la STS realiza, de forma lacónica, en su apartado 2.5).

No creo que pueda negarse seriamente que, desde un punto de vista fenomenológico, exista esa ligazón entre la primera injerencia ilegítima en los derechos fundamentales del acusado (la copia del contenido de la memoria USB y la posterior apertura de archivos) y la prueba obtenida merced a los registros acordados mediante los autos judiciales de 21 de junio y 29 de agosto de 2016. Si eliminamos mentalmente esa injerencia inicial, ninguno de los dos registros ulteriores —con su consiguiente rendimiento probatorio— se habría producido.

El siguiente paso es el decisivo: determinar si, además del nexo causal o natural entre la prueba ilícita y la derivada, se justifica la concurrencia del nexo de antijuridicidad que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de la primera se extiende a la segunda.

Según la propia jurisprudencia de la Sala Segunda, es fundamental ponderar la gravedad del menoscabo del derecho constitucional afectado. En este caso, la intensidad de la injerencia en el derecho a la intimidad es notable —un acceso indiscriminado a todos los archivos personales guardados en el dispositivo de un ciudadano por un agente que recibe ese dispositivo de un tercero precisamente por su condición de autoridad pública—, debiendo también tomarse en consideración que tal intrusión se ejecuta por un funcionario de policía contraviniendo una norma legal expresa que exige, salvo en los casos de urgencia, una previa autorización judicial habilitante.

La cadena de razonamiento de la conexión de antijuridicidad exige a continuación evaluar si la vulneración del derecho fundamental fue intencionada, gravemente errónea o culpable en grado leve: no se me ocurre cómo esta contravención gratuita del derecho a la intimidad de un ciudadano puede ser catalogada como una irregularidad menor no deliberada.

En un pasaje de los hechos probados que la STS 891/2022, de 11 de noviembre, soslaya por completo, se precisa que no existía necesidad ni urgencia alguna en la primera intromisión, «habiéndose realizado la copia y el visionado por el agente a quien se entregó el bolso perdido, en una *actuación negligente*» (cursiva mía).

Finalmente, y a fin de calibrar las necesidades de tutela del derecho fundamental menoscabado, es preciso verificar si la conducta de los órganos encargados de la investigación se encaminaba a vulnerar el derecho a la intimidad del acusado. Que es exactamente lo que pretendía el agente de la Guardia Civil con su conducta, prevaleciendo de su condición de funcionario público, una vez que el propietario de los objetos había sido ya identificado por él a través de otros medios.

Creo que, en este punto, es difícil que el juicio de ponderación —en el contexto de la aplicación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad— que contiene la STS 891/2022, de 11 de noviembre, pudiera ser correcto, dado que está partiendo de premisas —la intención inicial del agente o la tardanza en la presentación del atestado ante la autoridad judicial— que no se ajustan a la realidad de lo sucedido.

Como expresa el voto particular discrepante del magistrado Hernández García:

La propia incoación del proceso se construye sobre una hipótesis de participación criminal cuyo fundamento fáctico está afectado de inconstitucionalidad por el modo en que se obtuvo. Lo que impide que dicha hipótesis pueda desenvolverse hasta acabar en una sentencia de condena.

Se detecta aquí una grieta estructural que recorre los cimientos de este proceso desde su misma raíz: el origen de la incoación del procedimiento fue, de forma exclusiva y determinante, una grave injerencia en el núcleo duro de la intimidad de un ciudadano.

No se trata de que, iniciada la actividad jurisdiccional de forma legítima, se produjera después una irregularidad en el seno de la labor instructora o de investigación policial cuya transcendencia deba ponderarse con arreglo al principio de proporcionalidad. En este caso, la activación del *ius puniendi* tenía como único vector la lesión grave de un derecho constitucional por parte de un agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones públicas.

En otros términos: la conexión jurídica entre la prueba directa nula y la derivada no solo supone en este caso que sin la primera no se habría obtenido la segunda y que esta se encuentre teñida de antijuridicidad por la inexplicable actuación policial. Es que sin aquella ni siquiera se habría iniciado el proceso penal contra el acusado.

Este último razonamiento puede conectarse con una interpretación consecuenialista de la regla de exclusión aplicada a los agentes de la autoridad. Con arreglo a este análisis pragmático, los jueces no deberían fijarse solo en los hechos pretéritos que juzgan a la hora de decidir: también en la regla aplicativa que, para los casos futuros, se extraerá de su precedente (Posner, 1996, p. 5). Y esa regla no es otra que la posibilidad de que los funcionarios de policía desencadenen el inicio de la actividad jurisdiccional lesionando previamente de forma grave los derechos fundamentales de los ciudadanos sin consecuencia procesal alguna.

4.8. El invocado consentimiento del investigado y la doctrina de la conexión atenuada

Dada la importancia que tanto la ponencia de la mayoría como el voto particular asignan a esta cuestión, examinaré con algo más de detalle este potencial factor de desconexión de la antijuridicidad.

La propia doctrina del TS —acogiendo, a su vez, la jurisprudencia constitucional— exige, para que las declaraciones posteriores a la infracción de los derechos fundamentales puedan considerarse una prueba no contaminada por la ilicitud de la

prueba matriz, que estas se produzcan siendo conocedor el acusado de la trascendencia convalidante de su testimonio —algo que en este caso no constaba en absoluto—, prestándose especial relevancia al lapso temporal que medie entre la lesión del derecho fundamental y la posterior confesión del investigado. Porque, cuanto mayor sea la cercanía temporal, cabe presumir que menor será la posibilidad de que este declare con pleno conocimiento de las consecuencias procesales sanadoras —en su contra— de su testimonio (STS 752/2014, de 11 de noviembre, y STC 91/2011, de 18 de febrero).

La STS 91/2011, de 18 febrero, subraya que en «el ámbito del llamado «saneamiento de la prueba», la confesión alcanzaría plena validez valorativa una vez se haya verificado el mencionado asesoramiento que permite considerar que el acusado efectuó la confesión con plena conciencia de la ilegitimidad de la fuente original de prueba y que, a pesar de ello, voluntaria y libremente hizo las manifestaciones autoincriminatorias».

Exigencias jurisprudenciales que, como subraya el voto particular disidente, conectan con la doctrina de la conexión atenuada (*attenuated doctrine*) del TS norteamericano:

Desde la sentencia *Brown c. Illinois*, 422 U.S 590 (1975), para activarse la excepción deben tomarse en cuenta los siguientes ítems: primero, el tiempo o plazo temporal transcurrido entre la prueba ilícita inicial y la prueba lícita derivada, de tal modo que permita calificar la conexión de remota. A mayor tiempo transcurrido, la relación causal se atenúa y más se justifica la no aplicación de la regla de exclusión; segundo, la gravedad o intensidad de la violación constitucional originaria o su intencionalidad. Cuanto mayor sea la gravedad o su carácter intencional menor será la posibilidad de atenuación y por consiguiente de saneamiento de la prueba derivada; tercero, la extensión de la cadena causal y la presencia de elementos interferentes entre la violación constitucional y la prueba derivada, de tal modo que cuantas más circunstancias o actuaciones concurren entre ambas, mayores posibilidades habrá de admitir la eficacia de la prueba derivada; cuarto, el elemento de la voluntariedad de las confesiones practicadas con todas las garantías atenúa la relación causal y permite la utilización de la confesión; quinto, la no utilización de argumentaciones sofisticadas para justificar la ruptura de la conexión.

Ninguno de estos indicadores de exclusión de antijuridicidad concurría en el presente caso, de manera que apreciar una «conexión atenuada» —como hace, a la postre, la STS 891/2022, de 11 de noviembre— se antoja muy discutible. Veamos por qué.

En este caso, la secuencia temporal es suficientemente explícita: el consentimiento prestado por el investigado para la incautación y examen de sus dispositivos tiene lugar a las pocas horas de ser detenido por segunda vez, estando privado de libertad e inmediatamente antes de celebrarse la comparecencia del art. 505 LECrim. En presencia de un abogado de oficio, sí, pero sin que constara que el investigado conociera que el primer acceso a la memoria USB había sido ilícito y de que el letrado le advirtiera sobre la potencial eficacia convalidante de su asentimiento⁴⁸.

⁴⁸ De hecho, hay varios marcadores más, expresivos de las pocas garantías con las que pareció prestarse el consentimiento. En los hechos probados se deja constancia de que se preguntó «someramente» al investigado si autorizaba el volcado. Notaremos la primera acepción del término *somero* del diccionario de la RAE: «Ligero, superficial, hecho con poca meditación y profundidad». Esta actitud supuestamente

En puridad, la supuesta conformidad del investigado al examen de los dispositivos no es un asentimiento ni una confesión, sino la aparente constatación de que no tenía sentido oponerse cuando aquellos ya habían sido analizados por la Guardia Civil, lo que, por cierto, reafirma la ligazón natural y jurídica entre la prueba directa y la derivada⁴⁹.

Queda, finalmente, en el análisis ponderativo del caso, valorar la gravedad de los delitos investigados. La STS 891/2022, de 11 de noviembre, sostiene que

los agentes se hallaban ante la evidencia de unos posibles delitos de extrema gravedad. El bolso con los dispositivos USB y SD le habían sido devueltos al acusado. La mera tenencia por el acusado de esos archivos ya era, por sí misma, delictiva. Y persistir en su tenencia suponía permitir se siguiera cometiendo el delito. Es más, en algunas fotografías se identifica al menor Gabriel que está siendo víctima de un abuso sexual de extrema gravedad. Los agentes de la autoridad no podían obviar tales circunstancias y permanecer inactivos, hubieran incumplido sus obligaciones legales de investigación y persecución del delito. En tales circunstancias el Estado no puede dejar de actuar y permitir que se siga cometiendo un delito o que presuntos delitos ya cometidos no reciban respuesta penal.

Creo que es indiscutible que los delitos de abusos sexuales a menores constituyen un ilícito penal de la mayor gravedad axiológica y en este punto nada cabe objetar a la STS 891/2022, de 11 de noviembre. Concorre un innegable interés público en la represión penal de este tipo de conductas particularmente abyectas. Pero no estimo irrelevante precisar que cuando se produce la injerencia inicial ilegítima en la memoria USB del investigado no existía indicio alguno de la comisión de ese u otro tipo de delitos, sin que debamos dejarnos llevar por el sesgo retrospectivo (*hindsight bias*) y juzgar la actuación inicial del agente a la luz de la información que luego se extrajo del examen de ese y otros dispositivos del encartado⁵⁰.

Pero hay un dato, que no me parece insignificante, que desmiente la idea de que la elusión de las garantías legales por parte de los agentes de la Guardia Civil estaría justificada por la extraordinaria gravedad de los delitos revelados tras el examen de la memoria USB y por el temor de que el (todavía no formalmente) investigado pudiera «reiterar este tipo de conductas sobre otros menores»: en ese lapso de seis días los agentes no procedieron a detener al propietario del dispositivo ni realizaron actuación alguna encaminada a separar a los menores de él.

colaboradora contrasta con la coetánea negativa del investigado a declarar ante la Guardia Civil y ante el juez, y con la negación —con motivo de su primera detención— de haber mantenido relaciones sexuales con menores.

⁴⁹ Ya hemos reseñado que la STS 891/2022, de 11 de noviembre, pone el énfasis en que el consentimiento se realiza ante el juez, tras lectura de derechos y con asistencia letrada. Pero en ningún momento se relata que el juez o el abogado de oficio le informaran sobre la ilicitud del primer acceso al dispositivo y sobre las consecuencias procesales desfavorables que se derivarían para él de la prestación de su consentimiento.

⁵⁰ De la lectura del STS 891/2022, de 11 de noviembre, no queda del todo claro si del visionado de las primeras fotografías contenidas en la memoria USB se desprendía ya con claridad la participación del investigado en los abusos a menores o si, por el contrario, fue un dato que se obtuvo durante el transcurso de la investigación.

Como subraya la STS 56/2022, de 24 de enero —en sintonía con el voto particular a la STS 891/2022, de 11 de noviembre—:

La regla de exclusión probatoria, como manifestación reactiva del sistema de garantías, debe operar, sin duda, con toda la energía, cuando el Estado o los particulares, mediante la infracción del derecho fundamental, acceden a fuentes o medios de prueba y pretenden aprovecharse de su potencial valor incriminatorio. En estos casos, la regla de exclusión debe actuar como antídoto fundamental para la conservación de un determinado modelo de convivencia fundado en el valor de la Justicia y la preeminencia de los derechos fundamentales. Cuando estos se sacrifican injustamente y finalísticamente los efectos de la lesión se proyectan sobre el proceso no cabe otra opción que la de renunciar al esclarecimiento de la verdad, preservando el derecho a la presunción de inocencia de la persona acusada que sufre la injerencia intolerable en el núcleo de sus derechos.

Por lo demás, debemos evitar el riesgo de aceptar de forma acrítica, especialmente en casos límite como el que nos ocupa, apelaciones a la «justicia material» que supuestamente justificarían el sacrificio de las garantías constitucionales en el altar de una concepción mistificadora del proceso penal.

Porque en este, por definición, toda verdad será siempre «procesal», en la medida en que ha sido obtenida con arreglo a las reglas del proceso. Y va de suyo que la culpabilidad tan solo puede ser declarada dentro del proceso, tramitado con pleno respeto a sus garantías. No existe, en rigor, esa (falsa) dicotomía entre «verdad procesal» y «verdad material», pues tan solo la primera, en tanto que obtenida con plena legitimidad constitucional, es jurídica y epistémicamente aceptable. De nuevo con Alexy (2008, p. 79):

... no existe por un lado la justicia y la verdad como fines, y, por otro lado, las reglas en cuanto indicaciones de los medios mediante los cuales ambas pueden producirse o descubrirse, sino que lo que es justo y verdadero es lo que produce o se descubre mediante reglas.

4.9. El derecho a un proceso con todas las garantías, a un proceso justo y equitativo y al proceso debido: no es lo mismo

Llegados a este punto, es preciso realizar un último análisis desde un plano de abstracción mayor. Para que sea riguroso se requiere de una labor de desbroce conceptual previa.

La STS 891/2022, de 11 de noviembre, no alude a la noción del proceso justo para desestimar el motivo casacional (que se fundaba en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia), sino que concluye que no se aprecia conexión de antijuridicidad invalidante «ni vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías».

Como ya hemos visto, el Tribunal Constitucional, en su STC 114/1984, de 29 de noviembre, situó el rechazo de la prueba ilícita derivada como una de las garantías integrada dentro del derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en conexión con el derecho a la igualdad de partes en el proceso (art. 14 CE). Con el paso del tiempo, esta ubicación constitucional se consagró, de

forma que, cuando el TS examinaba si concurría o no la conexión de antijuridicidad, lo hacía sobre la base de considerar que una prueba ilícita derivada que presentara tal ligamen conculcaba una de las garantías específicas protegidas por el art. 24.2 CE.

Adicionalmente, de ser toda la prueba de cargo ilícita una eventual condena conculcaría el derecho a la presunción de inocencia del acusado (también protegido por el art. 24.2 CE) (Calderón Cuadrado, 2000, p. 175-176)⁵¹.

Ya hemos visto que el enfoque de la STC 97/2019, de 16 de julio, es otro: haciendo propio el concepto del derecho a un proceso justo y equitativo consagrado en el CEDH y en la jurisprudencia del TEDH coloca el umbral de la antijuridicidad en un escalón mucho más alto. Se incurre, creo, en un error metodológico de partida: el TEDH acude a este concepto como cláusula de cierre no tanto porque tome partido por una tesis más o menos restrictiva como porque no existe un consenso entre las jurisdicciones nacionales de los distintos Estados firmantes del Convenio que permita ir, en materia de exclusión probatoria, más allá de un estándar de mínimos.

Ese estándar singularmente deferente tiene sentido en ese contexto de diversidad regulatoria y jurisprudencial europea —y en el casuismo de las decisiones judiciales nacionales—, de forma que tan solo las violaciones más graves de derechos fundamentales —procedentes de lesiones del derecho a la integridad física o del derecho de todo acusado a no declarar de forma forzada o a no autoincriminarse— determinarán la intervención del TEDH y la declaración formal de violación del art. 6.1 CEDH.

Pero esa alusión al derecho al proceso justo carece de sentido en la tradición constitucional española. En nuestra dogmática iusfundamental lo nuclear era determinar si la introducción en el proceso de prueba indirecta dimanante de un elemento probatorio ilícito vulneraba o no la garantía constitucional inherente a la centralidad que la propia CE asigna a los derechos fundamentales. Como se ha señalado por la doctrina procesalista, «el concepto de proceso justo, no [es] equivalente al del proceso con todas las garantías», poseyendo este una textura más abierta, propia en origen del derecho anglosajón y no del continental (Ascencio Mellado, 2019, p. 14).

La citada STC 97/2019, de 16 de julio, llega incluso a mencionar —como si tratara de lo mismo— el derecho «al proceso debido», traducción literal del *due process* anglosajón que, a pesar de algunas concomitancias, no es tampoco conceptualmente equiparable al derecho al proceso con todas las garantías⁵².

Es sabido que tanto el CEDH como la jurisprudencia del TEDH fijan, por así decirlo, un estándar mínimo de garantías, de forma que el TC español no tenía ninguna necesidad de separarse de sus propios precedentes y de privar de rango constitucional a una concreta garantía (la inadmisibilidad de la prueba ilícita derivada). Pero ello no

⁵¹ Cfr. STC 81/1998, de 2 de abril.

⁵² Sobre esta cuestión, Gómez Colomer (2006, p. 57-63).

obliga al TS a abrazar necesariamente la reinterpretación del art. 11.1 LOPJ que la STC 97/2019, de 16 de julio, sugiere⁵³.

De hecho, si al TC no le compete, según su doctrina, sustituir a los órganos del Poder Judicial en la exégesis de ese precepto —siempre que tal interpretación sea respetuosa con el art. 24.2 CE—, nada obstaría a que este siguiera siendo aplicado por la Sala Segunda como hasta ahora⁵⁴.

Pero es que, además, cuando toda la prueba de cargo esté teñida —directa o indirectamente— de ilicitud, como ocurría en el caso resuelto por la STS 891/2022, de 11 de noviembre, su toma en consideración para fundar la condena provoca una correlativa lesión del derecho del acusado a la presunción de inocencia (así lo explicitó claramente el TC a partir de la STC 81/1998, de 2 de abril, aunque la posterior STC 97/2019, de 16 de julio, no contenga referencia alguna al respecto).

Y, desde luego, si se acepta esa premisa —que nadie puede ser condenado si *toda la prueba de cargo* es directa o indirectamente ilícita—, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia llevaría aparejada en último término, incluso, la del derecho a un proceso justo y equitativo. Porque como dijera Vives Antón (2011, p. 888-889) —denunciando ya entonces que la vinculación de la proscripción de la prueba ilícita al derecho a un proceso justo era una aporía que buscaba diluir su efecto anulatorio—:

... el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a un proceso justo no son sino dos perspectivas de análisis de un único entramado valorativo y dos manifestaciones directas de las exigencias dimanantes de la dignidad humana en el proceso penal [...] Así, una vulneración del derecho a la presunción de inocencia comporta otro del proceso justo; y a la inversa, cualquier vulneración del proceso justo, si determina una sentencia condenatoria, vulnera de algún modo la presunción de inocencia.

Paradójicamente, así parece entenderlo también la STS 891/2022, de 11 de noviembre, puesto que, aun rechazando el recurso de casación, ubica correctamente la discusión en el seno de los derechos al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

⁵³ En buena medida la excelente STS 56/2022, de 24 de enero, parece apuntar tímidamente en esa dirección divergente.

⁵⁴ Es evidente que, como prescribe el art. 5.1 LOPJ, el TC tiene la última palabra en la interpretación de los preceptos constitucionales. Pero, a mi juicio, en el bien entendido de que se trata de una vinculación *positiva*, por lo que es perfectamente admisible que la jurisdicción ordinaria se muestre más garantista que la constitucional, como ocurre, por ejemplo, en lo que concierne al derecho a un juez imparcial tras la anulación del primer juicio, siendo en este aspecto la doctrina fijada por el TS mucho más protectora del art. 24.2 CE que la del TC. En estos casos, el TS ordena la repetición del juicio con nuevos magistrados de instancia conformando el tribunal (STS 743/2007, de 20 de septiembre), mientras que la STC 157/1993, de 6 de mayo, no vio óbice alguno, desde el punto de vista constitucional, para que el segundo juicio se celebrara con los mismos magistrados que dictaron la primera sentencia anulada.

4.10. Recapitulación

La tensión dialéctica entre los distintos tribunales que han conocido de este caso no es casual, sino fruto de la extrema gravedad de los delitos investigados, de la desconcertante actuación de los agentes que descubrieron estos hechos y de la dificultad de conciliar los valiosos intereses jurídicos contrapuestos en juego.

Recordemos que la Audiencia Provincial de Navarra absolvió hasta en dos ocasiones consecutivas al acusado, siendo revocadas ambas sentencias por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra —con un voto particular discrepante— y que la tercera sentencia de la AP de Navarra —la que condenó finalmente al acusado— se limitó a seguir las directrices marcadas por el TSJ de Navarra y a aceptar la validez de la prueba derivada contra su propio criterio ya expresado con claridad en las resoluciones precedentes.

En el Tribunal Supremo la resolución del recurso de casación tampoco fue pacífica —precisamente en lo relativo a la licitud de la prueba indirecta—, siendo formulado un voto particular discrepante. La sentencia de la Sala Segunda es una resolución muy trabajada, si bien con algunos aspectos discutibles.

La STS 891/2022, de 11 de noviembre, es relevante por el novedoso tratamiento que dispensa al agente de la autoridad que accedió al dispositivo del acusado. Aun de forma poco nítida, parece sostener que la doctrina jurisprudencial sentada sobre la aportación de prueba ilícita obtenida por particulares (consagrada por la STC 97/2019, de 16 de julio) sería de aplicación también a los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, con la condición de que tales intromisiones no se realizaran en el marco formal de una investigación policial o judicial, o cuando esta no se hubiera iniciado.

En ese sentido, se separa claramente —a pesar de invocarla— de la razón de decidir de la Sentencia de la Sala Segunda 56/2022, de 24 de enero, y del razonable intento de esta de conjurar una lectura maximalista de la STC 97/2019, de 16 de julio.

Y si desde el punto de vista dogmático esa es su principal aportación —a mi juicio, como ya he indicado, errada—, la resolución también me parece criticable por otra razón: a la hora de realizar la labor de ponderación de los intereses contrapuestos se parte en ocasiones de premisas incorrectas o que, cuando menos, no encuentran respaldo en los hechos declarados probados.

5. CRIMEN Y CASTIGO

¿Eso es todo? ¿Es que nada podía hacerse al respecto? La respuesta no es sencilla.

Ya se dijo que nos enfrentamos a un caso trágico, en el que cualquier solución jurídica implica el sacrificio de valores morales (muy) estimables. Estas líneas no han

sido fáciles de escribir: si el lector me ha acompañado hasta aquí, será consciente de por qué.

En el voto particular discrepante a la STEDH del caso *Trabajo Rueda contra España*, nº 32600/12, el juez Dedov afea a sus colegas «haber preferido [sic] proteger el derecho a la vida privada, aunque este modo de vida “protegida” sea de carácter criminal». Y, con un punto de crudeza no exento de demagogia, propone un nuevo *motto* para la Corte de Estrasburgo: «En efecto, un buen eslogan podría ser el siguiente: “*Fiat justitia, et pereat mundus*”».

La formulación de un escenario mental contrafáctico puede arrojar alguna luz.

Piense el lector por un momento si sería deseable que los agentes de la autoridad pudieran acceder por su cuenta y riesgo, sin autorización judicial ni indicio alguno de estar cometándose un delito en ese momento, a las fotografías, vídeos, correspondencia y demás archivos personales de los ciudadanos. Y que, además, una vez que la policía haya accedido a ese contenido íntimo pueda postergar la puesta en conocimiento de los hechos indiciariamente delictivos cerca de una semana, periodo de tiempo durante el cual el material sería analizado por los agentes de la autoridad sin garantía alguna sobre la correspondencia entre lo incautado ilícitamente y lo presentado después ante el juez.

Con razón nos parece insoportable que pueda utilizarse en contra del acusado cualquier información obtenida de las conversaciones mantenidas con su abogado, grabadas de forma encubierta por la autoridad —en este caso, judicial—, pues en palabras de la STS 79/2012, de 9 de febrero⁵⁵:

En el caso, el acusado causó con su resolución una drástica e injustificada reducción del derecho de defensa y demás derechos afectados anejos al mismo, o con otras palabras, como se dijo ya por el instructor, una laminación de esos derechos, situando la concreta actuación jurisdiccional que protagonizó, y si se admitiera siquiera como discutible, colocando a todo el proceso penal español, teóricamente dotado de las garantías constitucionales y legales propias de un Estado de Derecho contemporáneo, al nivel de sistemas políticos y procesales característicos de tiempos ya superados desde la consagración y aceptación generalizada del proceso penal liberal moderno, admitiendo prácticas que en los tiempos actuales solo se encuentran en los regímenes totalitarios en los que todo se considera válido para obtener la información que interesa, o se supone

⁵⁵ Y eso aunque sepamos que, desde un punto de vista epistémico, esa información sería valiosísima para esclarecer la verdad de lo ocurrido. Aquí se evidencia que el argumento de quienes invocan el derecho a la práctica de los medios de prueba pertinentes para la defensa como prevalente frente a los derechos lesionados *prueba demasiado*. Porque, en tal caso, nada obstaría para hacer prevalecer también en este caso ese derecho fundamental sobre el secreto profesional del abogado (del que el art. 24.2 *in fine* CE tan solo dice que será desarrollado por ley, pero sin prohibir de forma expresa la intervención policial o judicial de las comunicaciones abogado-cliente). Con esto no quiero negar la importancia decisiva de esta garantía —sin cuya existencia del derecho a un proceso con todas las garantías sería una entelequia—, pero sí hacer notar que, al igual que la exclusión de la prueba ilícita, es una decantación natural de las exigencias estructurales de un proceso justo —se recoja o no de forma expresa en la Constitución— que no puede subordinarse de forma incondicionada al derecho a la práctica de la prueba pertinente por parte de la acusación.

que interesa, al Estado, prescindiendo de las mínimas garantías efectivas para los ciudadanos y convirtiendo de esta forma las previsiones constitucionales y legales sobre el particular en meras proclamaciones vacías de contenido.

¿Acaso es menos característico de los «regímenes totalitarios» que la policía indague, sin control judicial alguno, en la vida privada de los ciudadanos?

Desde el velo de la ignorancia rawlsiano (Rawls, 2002, p. 135-140)⁵⁶ —si uno no supiera, en esa lotería vital hipotética, si se le asignaría el papel de delincuente o de ciudadano inocente—, no parece un planteamiento muy apetecible.

Convendrá entonces retomar la *ratio decidendi* de la iniciática STC 114/1984, de 29 de noviembre: los derechos fundamentales no solo tienen en nuestro ordenamiento una función de garantía de los derechos subjetivos de los ciudadanos: su respeto constituye también el cimiento estructural de nuestro Estado de derecho. Observados desde este plano, los derechos fundamentales son «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica».

En afortunada expresión de Luigi Ferrajoli (2004, p. 51), los derechos fundamentales dibujan la esfera de lo indecible: la esfera pública de los intereses de todos que está protegida por la garantía constitucional, incluso —o mejor: sobre todo— contra el criterio mayoritario. Los derechos humanos se presentan así, en la manifestación de la dimensión más garantista del derecho, como «la ley del más débil».

El voto discrepante del magistrado Hernández García deja algunas pistas relevantes. Tras recordar —de la mano de la STEDH del asunto *Stubbings y otros contra Reino Unido* de 22 de octubre de 1996— el primordial valor axiológico de la protección de los menores frente a los abusos y agresiones sexuales⁵⁷, abre la puerta a la admisibilidad de esos elementos probatorios ilícitos en cualquier otro procedimiento judicial o administrativo que no sea de naturaleza penal.

Por ejemplo, para la inmediata retirada de la custodia de los menores o para activar la privación de la patria potestad del acusado sobre su hijo. También, por supuesto, para desplegar de manera urgente las prestaciones asistenciales que las víctimas necesiten.

Dicho de otra forma, una vez aceptado el marco donde nos sitúa la jurisprudencia del TC —en el que la proscripción de la admisión de la prueba ilícita está sujeta, con independencia de lo que diga el tenor literal del art. 11.1 LOPJ, al principio de proporcionalidad—, la ponderación de los intereses en liza debería llevarnos a admitir en este caso como elemento probatorio ese material de procedencia ilícita,

⁵⁶ Trabajo original publicado en inglés en 1971: *A theory of Justice*, Harvard University Press.

⁵⁷ Para el TEDH, «las sevicias sexuales constituyen innegablemente un tipo de fechoría aberrante que hacen vulnerables a las víctimas y que los niños y demás personas vulnerables tienen derecho a la protección del Estado en forma de una prevención eficaz que los ponga a resguardo de unas formas de injerencia tan graves en aspectos esenciales de su vida privada».

pero siempre con una excepción, que ni siquiera el interés superior del menor puede subvertir: la aplicación del *ius puniendi* no puede sustentarse en pruebas obtenidas por agentes de la autoridad vulnerando conscientemente los derechos fundamentales de ciudadanos.

El hecho de que el proceso penal liberal heredero de la tradición ilustrada se diseñe de forma asimétrica a favor del acusado responde a la necesidad de fijar como eje central de toda la actividad jurisdiccional el respeto a la presunción de inocencia. Me parece que esta razón es decisiva para rechazar el argumento de quienes sitúan en el mismo nivel axiológico el derecho a la práctica de los medios de prueba de la acusación (art. 24.2 CE) y el derecho a la presunción de inocencia.

El Tribunal Constitucional ha dicho de forma muy gráfica que ese derecho —la presunción de inocencia— «sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura, constituyendo uno de los principios cardinales del Derecho Penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal» (STC 111/1999, de 14 de junio), así como que la presunción de inocencia actuaría «como límite a la potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes» (STC 109/1986, de 24 de septiembre) respecto de todo el proceso penal.

Importa detenerse en este punto, porque es clave para entender la diferente posición axiológica entre el acusado y sus acusadores. Esta asimetría explica «la notable diferencia que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, existe entre las partes según su posición de acusadoras o de acusadas» (STC 4/2004, de 16 de enero). Y se justifica por la trascendencia de los intereses en juego (Alcácer Guirao, 2021, p. 37), pues «al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema —la pena criminal—, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más “sagrado” de sus derechos fundamentales» (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 7).

Esta diferencia estructural, que condiciona todo el diseño del proceso penal, ha sido también apreciada por la Sala Segunda al afirmar que «todo acusado, sea cual fuera el delito del que se le acusa, tiene una situación asimétrica y superior a la del resto de las partes en el proceso» (STS 647/2014, de 2 de octubre)⁵⁸.

A mi modo de ver, esta es la razón decisiva por la que es preciso diferenciar la interdicción de la prueba de origen ilícito en el proceso penal del resto de procedimientos jurisdiccionales, en los que el argumento del peso prevalente del derecho a la

⁵⁸ Tomo la cita prestada de Alcácer Guirao (2021, p. 37). Otra muestra de la asimetría, como indica este autor, se aprecia cuando nuestro ordenamiento no reconoce una suerte de presunción de inocencia invertida que coloque este derecho fundamental al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, en perjuicio de los ciudadanos acusados, que es para quienes se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia (STS 246/2015, de 28 de abril, y STC 141/2006, de 8 de mayo).

práctica de los medios de prueba de la contraparte, conectado con el interés superior de los menores, puede tener sentido.

La supuesta hipertrofia del derecho a la presunción de inocencia es —confesadamente o no— el argumento de fondo que subyace, como en tantas otras pulsiones antigarantistas, en el giro de la doctrina del TC sobre la exclusión de la prueba ilícita. Que la STC 97/2019, de 16 de julio, ni siquiera mencione este derecho, aunque sea para razonar ese *overruling*, me parece sintomático. La tentación de rebajar su alcance es una constante históricamente acreditada —como también lo es el aciago resultado, a la larga, de tal menoscabo— y ese asedio continúa en la actualidad desde varios frentes⁵⁹.

Frente a tantos adversarios, conviene recordar —no sé si ahora más que nunca— que, como se ha dicho de forma expresiva, «si este no rigiera como lo hace [el derecho a la presunción de inocencia], el proceso penal constitucionalmente entendido carecería de sentido» (Andrés Ibáñez, 2022, p. 64-65)⁶⁰.

Desgraciadamente, lo sucedido en este caso existe en el mundo de los hechos sensibles —con independencia de que no pudiera desencadenar lícitamente una respuesta penal—. Por tal razón, los elementos probatorios deberían poder ser utilizados en el resto de procedimientos judiciales —ajenos al ámbito penal— en los que el interés superior del menor debe prevalecer en todo caso. La encrucijada de intereses que subyace en el fenómeno de la prueba ilícita aconseja evitar soluciones en exceso rígidas, de manera que la ponderación de los derechos contrapuestos en juego —tomando en consideración las circunstancias concretas de cada caso— es la técnica que mejor se acomoda a la naturaleza dinámica y siempre rica en matices de la regla de exclusión probatoria⁶¹.

Dicho de otra forma: ausente la afectación del derecho a la presunción de inocencia y despojada por el TC la proscripción de la prueba ilícita de su condición de garantía objetiva de los derechos fundamentales (STC 97/2019, de 16 de julio), no existen obstáculos para, aplicando el principio de proporcionalidad, aceptar, dadas las circunstancias concurrentes, la prevalencia en este caso del derecho a la práctica de

⁵⁹ Como ocurre, por ejemplo, cuando se propugna introducir en el proceso penal el estándar probatorio de la probabilidad preponderante y se rechaza la necesidad de la regla del *in dubio pro reo*. Cfr. Nieva Fenoll (2013, p. 164). Entre la jurisprudencia reciente, cabe citar la muy discutible STS 651/2023, de 20 de septiembre. Una réplica incisiva puede encontrarse en Alcácer Guirao (2021, p. 33-42). También en Igartua Salaverría (2021, p. 61-64).

⁶⁰ Otras embestidas se justifican formalmente por el riesgo de impunidad de determinadas conductas delictivas clandestinas, intentando aplicar así una rebaja del estándar probatorio para condenar o una sobrestimación de determinados medios de prueba: SSTS, 332/2019, de 27 de junio, y 282/2018, de 13 de junio.

⁶¹ Ya he indicado que, *de lege lata*, la rotundidad del art. 11.1 LOPJ es muy explícita sobre la nulidad de los efectos de la prueba ilícita derivada. Pero esto no obsta para sostener que la ponderación es la figura analítica que mejor se adecúa a la estructura de una materia compuesta por una densa madeja de intereses y derechos contrapuestos de distinta intensidad, y que varían caso por caso.

los medios de prueba pertinentes en el proceso civil sobre el derecho a la intimidad del dueño de esos dispositivos⁶².

Es, desde luego, una respuesta judicial que deja en este caso un inevitable poso de insatisfacción. Pero que permite conciliar los derechos de las víctimas con la siempre tendencialmente inestable arquitectura del sistema de garantías constitucionales. Un trabajoso andamiaje iusfundamental al que no debemos renunciar, por decirlo con Kant (1998, p. 38), incluso «para un pueblo de demonios».

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera Morales, E. (2008). *Proceso penal y causa general: la «inquisitio generalis» en el derecho español*. Thomson Civitas.
- Alcácer Guirao, R. (2021). Algunas dudas sobre la duda razonable. Prueba de descargo, estándares de prueba e in dubio pro reo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23(9), 1-47.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica* (2ª ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). Sobre la ponderación y la subsunción: Una comparación estructural, *Foro Jurídico*, 9, 40-48.
- Alexy, R. (2011). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 11-29.
- Andrés Ibáñez, P. (2020). En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 1, 75-101.
- Andrés Ibáñez, P. (2021). Juzgar es cuestión de método, en un marco de derechos fundamentales sustantivos y procesales (Acerca de la propuesta de Larry Laudan). *Jueces para la democracia*, 102, 83-100.
- Andrés Ibáñez, P. (2022). *Justicia Penal. De principios y prácticas*. Eola Ediciones.
- Armenta Deu, T. (2011). *La prueba ilícita (Un estudio comparado)* (2ª ed.). Marcial Pons.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Asencio Mellado, J. Mª. (1989). *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Trivium.
- Asencio Mellado, J. Mª. (2019). La STC 97/2019, de 16 de julio: descansa en paz la prueba ilícita. *Diario La Ley*, 9499. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/10/16/la-stc-97-2019-de-16-de-julio-descansa-en-paz-la-prueba-ilicita>
- Calderón Cuadrado, P. (2000). El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional). *Cuadernos De Derecho Público*, 10, 153-178.
- Campaner Muñoz, J. (2021). *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba* (2ª ed.). Aranzadi.
- Carroll, L. (2004). *A través del espejo*. Ediciones del Sur.
- De La Oliva Santos, A. (2006). Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas. En *Escritos sobre Derecho, Justicia y Libertad* (pp. 189-207). Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Del Moral García, A. (2023). Reflexiones sobre prueba ilícita. *Revista Científica del Centro Universitario de la Guardia Civil*, 33, 35-48.
- Díaz Cabiale, J. A. y Martínez Morales, R. (2001). *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Civitas.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías: la ley del más débil* (4ª ed.). Trotta.

⁶² Algo que explica, por lo demás, por qué la prueba ilícita de descargo sí puede ser incorporada al proceso penal: no hay lesión posible de la presunción de inocencia del acusado.

- Fidalgo Gallardo, C. (2003). *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el Derecho*. Marcial Pons.
- Gascón Inchausti, F. (2020). La prueba ilícita en el proceso civil: entre la exclusión y la ponderación. En *Derecho probatorio y otros estudios procesales: Vicente Gimeno Sendra, Liber amicorum* (pp. 783-800). Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.
- Gascón Inchausti, F. (2022). Derecho procesal penal: materiales para el estudio (4ª ed.). <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/d2bf1387-9867-4b59-aaae-5d213e97cd39/content>
- Gómez Colomer, J. L. (2006). Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica. *Revista del Poder Judicial*, 19, 25-77.
- González González, E. (2007). La prueba ilícita: una (re)visión crítica. En X. Abel Lluch y J. Picó i Junoy (Eds.), *Objeto y carga de la prueba civil* (pp. 369-390). Bosch Editor.
- Hernández García, J. (2013). *123 cuestiones básicas sobre la motivación de las resoluciones judiciales*. Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos Digitales de Formación, nº 32-2012.
- Igartua Salaverria, J. (2021). *Indicios, duda razonable, prueba científica: (perspectivas sobre la prueba en el proceso penal)*. Tirant lo Blanch.
- Kant, I. (1998). *Sobre la paz perpetua* (6ª ed.). Tecnos.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal*. Marcial Pons.
- Lascurain Sánchez, J. A. (2019). La sentencia de La Manada: ¿todos contentos? *Almacén de Derecho*. <https://almacendederecho.org/la-sentencia-de-la-manada-todos-contentos>
- Lascurain Sánchez, J. A. (2021). *Principios penales democráticos*. Iustel.
- Martínez García, E. (2003). *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*. Universidad de Valencia.
- Martínez García, E. (2010). *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Tirant lo Blanch.
- Miranda Estrampes, M. (2004). *La prueba ilícita: el concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* (2ª ed.). J. Mª Bosch Editor.
- Miranda Estrampes, M. (2010). La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 22, 131-151.
- Miranda Estrampes, M. (2019). *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense: crónica de una muerte anunciada*. Marcial Pons.
- Mosquera Blanco, A. J. (2018). La prueba ilícita tras la sentencia *Falciani*: comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero. *InDret* 3/2018. <https://indret.com/la-prueba-ilicita-tras-la-sentencia-falciani-comentario-a-la-sts-116-2017-de-23-de-febrero/>
- Nieva Fenoll, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Marcial Pons.
- Pico i Junoy, J. (2020). La prueba ilícita: un concepto todavía por definir. *La Ley Probática*, 1.
- Planchadell Gargallo, A. (2014). *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial (Comentario a las sentencias que marcan el camino)*. Aranzadi.
- Posner, R. (1996). Pragmatic Adjudication. *Cardozo Law Review*, 1, 1-20.
- Ralws, J. (1996). *El liberalismo político*. Crítica.
- Ralws, J. (2002). *Teoría de la Justicia* (2ª reimpression). Fondo de Cultura Económica.
- Ransiek, A. (2023). The Exclusionary Rule in Germany Revisited. *California Western International Law Journal*, 53(1), 115-160.
- Rojo Fernández-Río, Á. (2006). La calificación de los créditos concursales con garantía personal. *Anuario de Derecho Concursal*, 7, 517-540.
- Sánchez Yllera, I. (2013). La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 13, 230-250.
- Totten, C. y Cobkit, S. (2012). The Knock-and-Announce Rule and Police Searches after Hudson v. Michigan: Can Alternative Deterrents Effectively Replace Exclusion for Rule Violations? *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 15(3), 414-457.

- Tribe, L. (1989). The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics. *Harvard Law Review*, 103, 1-39.
- Villar Palasí, J. L. y Villar Ezcurra, J. L. (1993). El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro Derecho. En *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez* (pp. 79-104). Civitas.
- Zagrebelsky, G. (2010). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia* (10ª ed.). Trotta.

Leyes y jurisprudencia

Sentencias del Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo Federal (Alemania), de 14 de junio de 1960, BGHS 14, 358, 365.
- Sentencia del Tribunal Supremo Federal (Alemania), de 15 de agosto de 2018, 789.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 1239/1994 (Sala de lo Penal), de 17 de junio de 1994 (recurso 2274/1993).
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 769/2003 (Sala de lo Penal), de 31 de mayo de 2003 (recurso 1011/2002) – ECLI:ES:TS:2003:3737.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 743/2007 (Sala de lo Penal), de 20 de septiembre de 2007 (recurso 11214/2006) – ECLI:ES:TS:2007:6629.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 91/2011 (Sala de lo Penal), de 18 febrero de 2011 (recurso 1988/2010) – ECLI:ES:TS:2011:681.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 79/2012 (Sala de lo Penal), de 9 de febrero de 2012 (recurso 20716/2009) – ECLI:ES:TS:2012:414.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 342/2013 (Sala de lo Penal), de 17 de abril de 2013 (recurso 342/2013) – ECLI:ES:TS:2013:2222.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 569/2013 (Sala de lo Penal), de 26 de junio de 2013 (recurso 2135/2012) – ECLI:ES:TS:2013:4009.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 195/2014 (Sala de lo Penal), 3 de marzo de 2014 (recurso 10575/2013) – ECLI:ES:TS:2014:1349.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 647/2014 (Sala de lo Penal), de 2 de octubre de 2014 (recurso 446/2014) – ECLI:ES:TS:2014:4228.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 752/2014 (Sala de lo Penal), de 11 de noviembre de 2014 (recurso 504/2014) – ECLI:ES:TS:2014:4737.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 246/2015 (Sala de lo Penal), de 28 de abril de 2015 (recurso 2083/2014) – ECLI:ES:TS:2015:1883.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 747/2015 (Sala de lo Penal), de 19 de noviembre de 2015 (recurso 656/2015) - ECLI:ES:TS:2015:5087.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 204/2016 (Sala de lo Penal), de 10 de marzo de 2016 (recurso 10633/2015) – ECLI:ES:TS:2016:1218.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 116/2017 (Sala de lo Penal), de 23 de febrero de 2017 (recurso 1281/2016) – ECLI:ES:TS:2017:471.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 282/2018 (Sala de lo Penal), de 13 de junio de 2018 (recurso 10776/2017) – ECLI:ES:TS:2018:2182.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 332/2019 (Sala de lo Penal), de 27 de junio de 2019 (recurso 10732/2018) – ECLI:ES:TS:2019:2205.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 56/2022 (Sala de lo Penal), de 24 de enero de 2022 (recurso 134/2020) - ECLI:ES:TS:2022:132.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 244/2022 (Sala de lo Penal), de 16 de marzo de 2022 (recurso 1214/2020) - ECLI:ES:TS:2022:959.

- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 597/2022 (Sala de lo Penal), de 15 de junio de 2022 (recurso 10705/2021) – ECLI:ES:TS:2022:2348.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 616/2022 (Sala de lo Penal), de 22 junio de 2022 (recurso 2686/2020) – ECLI:ES:TS:2022:2592.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 891/2022 (Sala de lo Penal), de 11 de noviembre de 2022 (recurso 10106/2022) - ECLI:ES:TS:2022:4755.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 971/2022 (Sala de lo Penal), de 16 de diciembre de 2022 (recurso 10245/2022) – ECLI:ES:TS:2022:4754.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 651/2023 (Sala de lo Penal), de 20 de septiembre de 2023 (recurso 10107/2023) - ECLI:ES:TS:2023:3768.

Sentencias del Tribunal Supremo de EEUU

- Boyd vs. United States*, 116 U.S. 616 (1886).
- Continental Can Company, Inc., Plaintiff-appellant, v. Chicago Truck Drivers, Helpers and Warehouse Workers Union(independent) Pension Fund*, 916 F.2d 1154, 7th Cir. (1990).
- Davis v. United States*, 564 U.S. 229 (2011).
- Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).
- Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).
- Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).
- Weeks vs. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

Sentencias del Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Alemania), de 25 de noviembre 2010, BvR 2111/09.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 114/1984, de 29 de noviembre de 1984 – ECLI:ES:TC:1984:114.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 109/1986, de 24 de septiembre de 1986 – ECLI:ES:TC:1968:109.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 157/1993, de 6 de mayo de 1993 – ECLI:ES:TC:1993:157.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 320/1994, de 28 de noviembre de 1994 – ECLI:ES:TC:1994:320.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 207/1996, de 16 de diciembre de 1996 – ECLI:ES:TC:1996:207.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 41/1997, de 10 de marzo de 1997 – ECLI:ES:TC:1997:41.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 81/1998, de 2 de abril de 1998 – ECLI:ES:TC:1998:81.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 121/1998, de 15 de junio de 1998 – ECLI:ES:TC:1998:121.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 49/1999, de 5 de abril de 1999 – ECLI:ES:TC:1999:49.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 111/1999, de 14 de junio de 1999 – ECLI:ES:TC:1999:111.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 161/1999, de 27 de septiembre de 1999 – ECLI:ES:TC:1999:161.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 225/2002, de 9 de diciembre de 2002 – ECLI:ES:TC:2002:225.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 14/2003 de 28 de enero de 2003 – ECLI:ES:TC:2003:14.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 22/2003, de 10 de febrero de 2003 – ECLI:ES:TC:2003:22.

- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 88/2003, de 19 de mayo de 2003 – ECLI:ES:TC:2003:88.
Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 4/2004, de 14 de enero de 2004 – ECLI:ES:TC:2004:4.
Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 184/2004, de 2 de noviembre de 2004 – ECLI:ES:TC:2004:184.
Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 63/2005, de 14 de marzo de 2005 – ECLI:ES:TC:2005:63.
Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 136/2006, de 8 de mayo de 2006 – ECLI:ES:TC:2006:136.
Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 141/2006, de 8 de mayo de 2006 – ECLI:ES:TC:2006:141.
Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 97/2019, de 16 de julio de 2019 – ECLI:ES:TC:2019:97.

Sentencias de otros tribunales españoles

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (España) 55/2019 (Sección 1ª), de 26 febrero de 2019 (recurso 844/2018) – ECLI:ES:APNA:2019:25.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (España) 9/2019 (Sección 2ª), de 15 de enero de 2019 (recurso 443/2016) – ECLI:ES:APNA:2019:259.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (España) 208/2020 (Sección 2ª), de 28 de agosto de 2020 (recurso 443/2016) – ECLI:ES:APNA:2020:1368.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (España) 84/2021 (Sección 2ª), de 24 marzo de 2021 (recurso 443/2016) – ECLI:ES:APNA:2021:435.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (España) 183/2022 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 13 mayo de 2022 (recurso 319/2020) – ECLI:ES:TSJM:2022:4657.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (España) 14/2019 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 2 julio de 2019 (recurso 13/2019) – ECLI:ES:TSJNA:2019:321.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (España) 2/2021 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 11 enero de 2021 (recurso 23/2020) – ECLI:ES:TSJNA:2021:109.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (España) 1/2022 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 17 enero de 2022 (recurso 24/2021) – ECLI:ES:TSJNA:2022:28.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Gäfgen contra Alemania*, nº 22978/05, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 1 junio de 2010.
Schenk contra Suiza, nº 10862/84, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 12 de julio de 1988.
Stubbings y otros contra Reino Unido, nº 36-37/1995/542-543/628-629, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 22 de octubre de 1996.
Trabajo Rueda contra España, nº 32600/12, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de mayo de 2017.

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Peter Puškár v. Finančné Riaditeľstvo Slovenskej Republiky y Kriminálny Úrad Finančnej Správy*, asunto C-73/16, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2a), de 27 de septiembre de 2017.

Otras leyes, directivas y normativas

- Code de procédure pénale (Francia). https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154/
- Codice di procedura penale (Italia). (Gazzetta Ufficiale, núm 250, de 24 de octubre de 1988). <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceProceduraPenale>
- Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/glossary/european-convention-on-human-rights-echr.html>
- Constitución Española. (BOE núm 311, de 29 de diciembre de 1978). [https://www.boe.es/eli/es/cl/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/cl/1978/12/27/(1)/con)
- Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. DOUE L 294/1, 6-11-2013. <http://data.europa.eu/eli/dir/2013/48/oj>
- Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en material penal. DOUE L 130/1, 1-5-2014. <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/41/oj>
- Ley de Enjuiciamiento Criminal (España). https://www.boe.es/biblioteca_juridical/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2023-145