

## LA “DEGRADACIÓN” DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

*Faustino Cordón Moreno*  
*Catedrático de Derecho procesal*  
*Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo*

*Fecha de publicación: 19 de octubre de 2019*

1. La STC 97/2019, de 16 de julio, ha suscitado una amplia polémica; los títulos de algunos trabajos son expresivos de su contenido esencial y de las reacciones críticas que ha provocado: “Descanse en paz la prueba ilícita” (Asencio Mellado), ¡¡“La prueba ilícita ha muerto. Viva la prueba ilícita (en el proceso justo)!!” (Lorca Navarrete). Su lectura suscita cuando menos perplejidad por la postura restrictiva que adopta en una época caracterizada por el hipergarantismo. En esta nota pretendo tan solo realizar una lectura rápida de la misma subrayando los puntos más polémicos de la misma.

2. La ilicitud de la prueba (art. 11.1 LOPJ) supone un límite a la misma (V. la STC 114/1984, de 29 de noviembre) que opera en todo tipo de procesos, pero en especial en el penal (v. para el civil el art. 287 LEC). De acuerdo con la expresión legal, los medios de prueba obtenidos con vulneración de derechos fundamentales “no surtirán efecto”, debiendo interpretarse la misma en el sentido de que sanciona su nulidad: la nulidad -dijo la STC 114/1984, de 29 de noviembre- es la consecuencia razonable derivada de la posición superior de los derechos fundamentales en el ordenamiento. Desde una perspectiva procesal, que ahora no interesa considerar, la consecuencia será que la ilicitud -y consiguiente nulidad- de tales pruebas podrá ser apreciada -de oficio o a instancia de parte- en cualquier momento del proceso, aunque siempre subsistirá el problema de cómo evitar que los resultados de las mismas, que han accedido al proceso, no influyan en el juez en el proceso interno de formación de la sentencia.

2. En la prueba ilícita existen dos derechos fundamentales en conflicto entre los que debe existir una relación de causalidad el derecho a la prueba y el derecho fundamental (sustantivo) que se vulnera en su obtención. El problema -y de él trata la sentencia del TC- es cuál de ellos debe prevalecer.



En su análisis, y como punto de partida, hay que tener en cuenta estos dos datos que me parecen fundamentales:

a) Por un lado, la vinculación de esta norma (art. 11.1 LOPJ) con el sistema de garantías procesales del art. 24 de la CE, de forma que se puede decir que la misma - contenida en una ley orgánica dictada en desarrollo de la CE- esta constitucionalizada. Nuestro TC, en efecto, ha considerado que el límite a la admisibilidad de la prueba que esta norma supone forma parte del contenido esencial del derecho a la prueba reconocido en el art. 24.2 CE, que supone que las pruebas han sido obtenidas de modo legítimo, y, vinculado a él, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE: "El concepto de medios de prueba pertinentes que aparece en el mismo artículo 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse "pertinente" un instrumento probatorio así obtenido" (es decir, por medios ilícitos) (STC 114/1984, de 29 de noviembre, citada).

b) Por otro, que el art. 11.1 LOPJ, al hablar de pruebas obtenidas "directa o indirectamente" violentando los derechos fundamentales (sustantivos), excluye la eficacia probatoria tanto de las pruebas logradas infringiendo directamente el derecho como las derivadas de aquellas (siempre, por supuesto, que, en estas últimas, resulte acreditado el nexo causal entre la prueba ilícita original y la prueba derivada que se trate de excluir). Y, al hacerlo, no establece ninguna limitación a la exclusión de la eficacia probatoria; ni subjetiva (en especial que el sujeto que obtuvo la prueba sea público o privado, acusador o acusado) ni objetiva (por ejemplo, que la vulneración del derecho fundamental sustantivo se haya producido con la finalidad de obtener la prueba).

3. Sin embargo, la regla de exclusión absoluta de las pruebas ilícitamente obtenidas que parece abonar el art. 11.1 LOPJ ha sido rechazada por la jurisprudencia tanto del TC como del TS; y no solo admitiendo excepciones que pueden ser explicables (por ejemplo, cuando se acredita la independencia de la fuente de la prueba derivada, o en los casos en que el descubrimiento del hecho por otros medios diferentes de la prueba ilícita era inevitable), sino procediendo a una degradación del alcance del derecho a la prueba del art. 24.2 CE.

En esta línea se inserta la sentencia del TC objeto de análisis, que ha sintetizado la relevancia constitucional de la prueba ilícita en tres ideas que (tomadas de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, aunque -como dice Asencio Mellado- una lectura íntegra y neutral lleva a "percatarse de que lo transcrito no se corresponde con la doctrina



elaborada en aquel momento, que el TC no quiso decir lo que se dice ahora que dijo y que, por el contrario, se consagró una doctrina radicalmente opuesta a la que ahora se sostiene”) constituyen, según sus propias palabras, “los principios rectores de nuestra doctrina sobre la materia”:

a) *“La inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado.”* Por eso -concluye con una afirmación más que discutible-, es “equivocada la tesis de que existe una consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocesal de su derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal de admitir ... la prueba obtenida a partir de aquella lesión... Si se acogiese la tesis del recurrente habría que concluir que el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales abarcaría no ya sólo la esfera de libertad o la pretensión vital en que los mismos se concretan, sino también la exigencia, con alcance de derecho subjetivo de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de tales derechos” (STC 114/1984, de 29 de noviembre FJ 1).

b) *“La pretensión de exclusión de la prueba ilícita deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo (art. 24.2 CE).”* Y, por eso, con palabras también de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, “[n]o existe un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita” o, más precisamente, “no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico” y, por lo tanto, si hay violación de la Constitución, se produce en el seno del proceso y en atención a los derechos y garantías procesales previstos en el art. 24.2 CE.

Y c) *“La violación de las garantías procesales del art. 24.2 CE ha de determinarse, en relación con la prueba ilícitamente obtenida, a través de un juicio ponderativo tendente a asegurar el equilibrio y la igualdad de las partes, esto es, la integridad del proceso en cuestión como proceso justo y equitativo.* Según la misma STC 114/1984, de 29 de noviembre, “[h]ay que ponderar en cada caso los intereses en tensión para dar acogida preferentemente en [la] decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés también en el reconocimiento de la plena eficacia de derechos constitucionales)”. Y en este juicio ponderativo la hipotética vulneración del orden constitucional sólo puede entenderse producida en el caso concreto “por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 CE)”. Es decir, la prueba ilícita desaparece como garantía constitucional



autónoma y, degradada al plano de la legalidad ordinaria, queda sometida al juicio de ponderación del tribunal juzgador.

4. A partir de esta doctrina, la conclusión que alcanza el TC deriva de una manera lógica: “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 aquél.”

Y con base en ella confirma la sentencia del TS impugnada en amparo que, con referencia a una de las restricciones al principio de exclusión probatoria de la prueba ilícita (su obtención por un sujeto particular), había dicho: “(...) 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 (...).”

Ciertamente, para el TC (y esto lo había dicho también la sentencia del TS impugnada) “(c)on carácter general, hay que tener presente que el dato de que la vulneración originaria del derecho sustantivo fuera cometida, en el caso que nos ocupa, por un particular no altera en absoluto el canon de constitucionalidad aplicable desde la óptica del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), de suerte que la exclusión de los



elementos probatorios obtenidos ha de ser, también en este tipo de supuestos, el punto de partida o regla general.”. Ahora bien, en cada caso concreto, “el órgano judicial puede apreciar... la ausencia de necesidades de tutela procesal en relación con la vulneración consumada, incorporando, en esos casos excepcionales, los elementos controvertidos al acervo probatorio.” Y “el concreto juicio ponderativo realizado, en el caso que nos ocupa, por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y la consiguiente admisión como prueba de los elementos de convicción controvertidos, se ajusta a las exigencias constitucionales del derecho a un proceso con todas las garantías”, porque en el caso resuelto “estamos ante una intromisión en el derecho a la intimidad que carece de cualquier conexión instrumental, objetiva o subjetiva, con actuaciones investigadoras llevadas a cabo por las autoridades españolas o por alguna parte procesal no pública.”

5. La lectura de la sentencia del TC suscita algunas reflexiones:

a) Ciertamente, “*La inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado.*” La pregunta es si acaso no constituye una exigencia del derecho a la prueba del art. 24.2 CE, de cuyo contenido esencial forma parte la exclusión de las pruebas ilícitas según la doctrina del propio TC que antes veíamos. La sentencia del TC es tajante en este punto: “[n]o existe un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita”. Pero sin duda discutible, porque, al privar a la prueba ilícita de la cobertura constitucional que se le había reconocido, desconocer la relevancia que los derechos fundamentales (sustantivos) y su vulneración tienen en nuestro ordenamiento. Con esta doctrina, el derecho a la exclusión de la prueba ilícita desaparece como garantía constitucional autónoma “reconocible por sí misma y consecuencia de la posición de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y constitucional. La violación de los derechos (fundamentales sustantivos) es ahora meramente instrumental y solo atendible si, a la par y en cada caso, se viola el concepto difuso y no consagrado legalmente en España, de proceso justo y equitativo” (Asencio Mellado). Los expresivos títulos de los trabajos mencionados al principio resultan así plenamente justificados.

b) La degradación de la prueba ilícita al ámbito de la legalidad ordinaria y “*su naturaleza estrictamente procesal*”, ya que “*ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo*” y no solo de las pruebas ilícitas indirectamente obtenidas, sino también de las directas, eleva a un primer plano el juicio ponderativo que debe realizar el tribunal para decidir, entre los derechos fundamentales en juego (el sustantivo y el procesal) cuál es el digno de protección,



para lo cual, “una vez constatada la lesión antecedente del derecho fundamental sustantivo, debe determinarse, como segundo paso, su ligamen o conexión con los derechos procesales de las partes desde el prisma del proceso justo y equitativo”; ligamen o conexión que existirá si la decisión de incorporación al acervo probatorio evidencia una ruptura del equilibrio procesal entre las partes..., desigualdad que ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro.” Pero, si bien se observa, ello supone la asunción por el tribunal ordinario de una facultad que el art. 11.1 LOPJ (que tiene relevancia constitucional) no le concede, sino que más bien le niega al imponerle imperativamente que tales pruebas “no surtirán efecto”. No se trata de que el TC interprete el art. 11.1 LOPJ conforme a la CE, admitiendo excepciones a su aplicación que puedan estar más o menos justificadas (y a las que antes me refería; por ejemplo, cuando se acredita la independencia de la fuente de la prueba derivada, o en los casos en que el descubrimiento del hecho por otros medios diferentes de la prueba ilícita era inevitable), sino que le impone un límite general (su conexión con el “proceso justo o equitativo”), que supone vaciarlo de su contenido esencial.

c) De los dos pasos que según la sentencia del TC hay que dar para decidir si existe una prueba ilícita con los efectos previstos en la ley (“si esa ilicitud originaria ha consistido en la vulneración de un derecho fundamental sustantivo o de libertad” y “si entre dicha vulneración originaria y la integridad de las garantías del proceso justo que nuestra Constitución garantiza existe un nexo o ligamen que evidencie una necesidad específica de tutela”), en mi opinión, sobra el segundo, porque, en contra de lo que dice la sentencia, la violación originaria del derecho fundamental sustantivo” sí determina por sí sola la ilicitud, generando la necesidad imperativa de aplicar la sanción prevista en la norma (privación de eficacia a la correspondiente prueba), porque así lo exige el art. 24.2 CE (el derecho constitucional a la prueba tal y como ha sido interpretado por el propio TC).

El juicio del tribunal debe limitarse a si existe o no la vulneración originaria del derecho fundamental sustantivo, como por lo demás, hace la propia sentencia al incorporar *ad abundantiam* dos argumentos más que apoyan el resultado alcanzado y que, como dice Asencio Mellado, hacían innecesaria la construcción sobre la prueba ilícita que la sentencia realiza: a) “A la misma conclusión se llega si se examina, también desde el punto de vista interno, el “resultado” de la violación consumada en el derecho a la intimidad... El resultado de la intromisión en la intimidad no es, por tanto, de tal intensidad que exija, por sí mismo, extender las necesidades de tutela del derecho sustantivo al ámbito del proceso penal, habida cuenta que, como ya se ha dicho, éste no tiene conexión instrumental alguna con el acto de injerencia verificado



entre particulares.” Y b) (d) debe además recordarse que la intromisión en la intimidad se ha producido fuera del territorio donde rige la soberanía española, por lo que a la menor intensidad de la injerencia se une que “sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona [podría] alcanzar proyección universal.”

d) En fin, no me parece acertada la afirmación contenida en la sentencia de que la apelación al art. 24.2 CE sería superflua si toda violación de un derecho fundamental sustantivo llevara consigo, *per se*, la consiguiente imposibilidad de utilizar los materiales derivados de ella porque, si así fuera, la utilización de tales materiales dentro del proceso penal sería, de por sí, una violación del derecho sustantivo mismo, sin que el recurso al art. 24.2 CE para justificar la exclusión tuviera ninguna relevancia o alcance. Y no me lo parece porque es el propio art. 24.2 el que impone la exclusión siempre que la vulneración originaria (del derecho fundamental sustantivo resulte acreditada, y el que resulta vulnerado con su admisión, con independencia del juicio valorativo que pueda realizar el tribunal, que en este extremo está sometido a la CE.