

FACULTAD DE DERECHO

LAS GRABACIONES TELEFÓNICAS COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO JUDICIAL PENAL.

Autor: Ana Pilar Maldonado Ruz

5º E-3, Grupo B.

Área de Derecho Procesal

Madrid

Marzo 2026

RESUMEN.

A lo largo de este trabajo se analiza el tratamiento constitucional y procesal de las grabaciones telefónicas realizadas por uno de los interlocutores y su utilización como medio de prueba en el proceso penal español. La cuestión plantea un conflicto estructural entre la protección del derecho a la intimidad y las exigencias del derecho a la prueba dentro de un proceso con todas las garantías.

A partir del estudio del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la jurisprudencia constitucional iniciada en la STC 114/1984, el trabajo examina el fundamento y alcance del principio de exclusión probatoria, así como la doctrina de la conexión de antijuridicidad en materia de prueba derivada. Se analiza igualmente la delimitación entre secreto de las comunicaciones e intimidad, el alcance del principio *nemo tenetur se ipsum accusare* en el ámbito de las grabaciones entre particulares y la diferencia conceptual entre prueba ilícita y prueba irregular.

El estudio pone de manifiesto que el modelo español no configura una regla automática de exclusión, sino un sistema de ponderación constitucional en el que la vulneración de un derecho fundamental sustantivo determina la inutilizabilidad del material probatorio, mientras que las irregularidades procesales generan consecuencias distintas. Asimismo, se evidencia que la exclusión debe operar de forma inmediata para evitar efectos contaminantes en el procedimiento.

El análisis comparado con los modelos estadounidense y alemán permite situar el sistema español en una posición intermedia: formalmente vinculado a una fundamentación iusfundamental, pero progresivamente influido por criterios no automáticos y limitación de la eficacia refleja.

La aplicación práctica de estos criterios en casos paradigmáticos de corrupción política confirma que la admisibilidad de las grabaciones privadas depende no de su fuerza incriminatoria, sino del respeto estricto a los derechos fundamentales y al principio de proporcionalidad.

Palabras clave: Grabaciones privadas; prueba ilícita; exclusión probatoria; derecho a la intimidad; derecho a un proceso con todas las garantías; conexión de antijuridicidad; prueba derivada.

ABSTRACT.

This paper examines the constitutional and procedural framework governing private recordings made by one of the interlocutors and their admissibility as evidence in Spanish criminal proceedings. The analysis addresses the structural tension between the protection of personal privacy and the right to a fair trial, particularly the right to use relevant evidence for the defence.

The research focuses on the constitutional foundation of the exclusionary rule within the Spanish legal system, exploring its development through Constitutional Court and Supreme Court case law. Special attention is paid to the distinction between secrecy of communications and privacy, the limits of the nemo tenetur principle in purely private contexts, and the doctrine of the "connection of unlawfulness" concerning derivative evidence.

The study argues that the Spanish model does not establish an automatic exclusionary rule. Instead, it operates through a constitutional balancing approach in which the violation of a substantive fundamental right determines the unusability of the evidence, while procedural irregularities generate distinct consequences. The comparative examination of the U.S. exclusionary rule and the German system of evidentiary prohibitions situates Spain in an intermediate position between a rights-based constitutional framework and a deterrence-oriented rationale.

Finally, the application of these criteria to major political corruption cases demonstrates that the admissibility of private recordings ultimately depends not on their evidentiary strength, but on strict compliance with fundamental rights and proportionality standards.

Key words: Private recordings; unlawful evidence; exclusionary rule; right to privacy; right to a fair trial; connection of unlawfulness; derivative evidence.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN. 8

CAPÍTULO I. MARCO CONSTITUCIONAL Y NORMATIVO DE LAS GRABACIONES PRIVADAS EN EL PROCESO PENAL. 11

1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR (ARTÍCULO 18.1 CE). 11

2. EL DERECHO A UN PROCESO JUSTO, CON TODAS LAS GARANTÍAS Y A LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES (ARTÍCULO 24.2 CE). 12

3. PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA (ARTÍCULO 11 LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL). 13

4. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: ARTÍCULOS 283 Y 287. 13

5. EL TRATAMIENTO DE LAS GRABACIONES CONFORME A LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS: ARTÍCULO 6.1 REGLAMENTO GENERAL PROTECCIÓN DE DATOS..... 14

6. EL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR (ARTÍCULO 8 CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS). 15

7. SÍNTESIS DEL SISTEMA NORMATIVO APLICABLE. 16

CAPÍTULO II. CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LICITUD DE LAS GRABACIONES PRIVADAS. 17

1. DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA Y SU IMPACTO EN EL DERECHO A LA INTIMIDAD. 18

1.1. Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984 de 29 de noviembre. 18

1.2. Sentencia Tribunal Constitucional, 184/2003 de 23 de octubre. 20

2. DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD..... 22

2.1. Sentencia Tribunal Constitucional, 170/2013 de 7 de octubre. 23

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA LICITUD DE LAS GRABACIONES PRIVADAS. 24

4. LAS GRABACIONES COMO MEDIO DE CONFESIÓN: LA DOCTRINA DEL *NEMO TENETUR* Y LAS DISTINTAS POSICIONES DE LOS TRIBUNALES. 25

CAPÍTULO III. TRATAMIENTO DOCTRINAL DE LA PRUEBA ILÍCITA. ... 28

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA. 28

2. LA EFICACIA REFLEJA DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS Y DOCTRINA DE LA FRUTA DEL ÁRBOL ENVENENADO. 31

3. DIFERENCIA ENTRE PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA IRREGULAR. 36

4. MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA ALEGAR LA ILICITUD Y SUS EFECTOS..... 38

CAPÍTULO IV. DERECHO COMPARADO: MODELOS DE EXCLUSIÓN PROBATORIA. 42

1. MODELO ESTADOUNIDENSE DE EXCLUSIÓN PROBATORIA..... 42

1.1. Origen de la *exclusionary rule: Weeks v. United States*..... 42
1.2. Consolidación de la *exclusionary rule: Mapp v. Ohio*. 43
1.3. La doctrina del *fruit of the poisonous tree: Silverthorne Lumber Co. v. United States*. 44
1.4. La *good faith exception: United States v. Leon* (1984)..... 44
2. MODELO ALEMÁN. 45
3. COMPARACIÓN CON EL MODELO ESPAÑOL. 47
CAPÍTULO V. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS GRABACIONES PRIVADAS EN CASOS DE CORRUPCIÓN POLÍTICA..... 49
1. CASO GÜRTEL. 49
2. CASO BRUGAL..... 52
3. CASO KOLDO..... 52
CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES..... 54
1. CONCLUSIONES DERIVADAS DEL ANÁLISIS NORMATIVO, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL. 54
2. VALORACIÓN CRÍTICA: DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO A LA PRUEBA. 55
3. NUEVOS DESAFÍOS: INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y AUTENTICIDAD DE LAS GRABACIONES. 57
7. **BIBLIOGRAFÍA. 58**

ABREVIATURAS.

Art. / Arts.	Artículo / Artículos
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
FJ	Fundamento Jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

INTRODUCCIÓN.

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene por objeto el análisis del régimen jurídico de las grabaciones telefónicas como medio de prueba en el proceso penal, poniendo el foco en los distintos conflictos que su utilización puede generar entre distintos derechos fundamentales. En particular, el estudio se centra en la potencial colisión entre el derecho a la intimidad personal y familiar, reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española, y el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE. Aunque el título del trabajo hace referencia a las grabaciones telefónicas, el objeto de estudio se extiende en realidad a las grabaciones privadas en sentido amplio, en la medida en que la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo ha abordado esta problemática de forma general respecto de grabaciones realizadas por particulares. En este sentido, a efectos de valoración probatoria y conforme a lo dispuesto en la normativa y en la jurisprudencia aplicable, el tratamiento jurídico de unas y otras conduce, en esencia, a resultados equivalentes.

La aportación de grabaciones realizadas por uno de los interlocutores se ha convertido en un medio de prueba cada vez más frecuente, especialmente en investigaciones penales complejas y, sobre todo, en casos de corrupción política. Sin embargo, pese a su creciente trascendencia práctica, el tratamiento jurídico de este medio de prueba plantea importantes conflictos doctrinales y procesales, ya que su obtención y posterior valoración pueden incidir directamente en el núcleo de derechos fundamentales.

El objetivo principal de este trabajo es examinar el marco normativo, jurisprudencial y doctrinal aplicable a las grabaciones privadas en el proceso penal español, analizando los criterios que determinan su licitud constitucional, su posible exclusión probatoria y los efectos derivados de una eventual vulneración de derechos fundamentales.

Para ello, se ha adoptado una metodología jurídica basada en el estudio sistemático de las fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales relevantes. El trabajo parte del análisis del marco constitucional y legal aplicable, con especial referencia a los artículos 18.1 y 24.2 CE, al artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y a la aplicación supletoria de determinados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en materia de prueba ilícita. Este estudio se completa con el examen de la normativa europea, en

particular el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Reglamento General de Protección de Datos, cuya incidencia resulta cada vez más relevante en la valoración de las grabaciones privadas[1].

Sobre este marco normativo, se analiza de forma detallada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, que ha desempeñado un papel decisivo en la configuración de los criterios de licitud de las grabaciones privadas, en la delimitación del derecho a la intimidad y la configuración de categorías como la prueba ilícita, la prueba derivada y la doctrina de la conexión de antijuridicidad. Asimismo, se analizan las principales posiciones doctrinales, con especial atención a los debates en torno al fundamento de la exclusión probatoria y al momento procesal oportuno para alegar la ilicitud de la prueba. Esta metodología se ha complementado de forma puntual con herramientas de inteligencia artificial como apoyo para la revisión lingüística y la mejora del estilo, con el objetivo de mejorar la calidad expositiva del trabajo.

En cuanto a la estructura, el trabajo se articula en cinco capítulos. El primero trata sobre la delimitación del marco constitucional, legal y europeo aplicable a las grabaciones privadas como medio de prueba en el proceso penal. El segundo capítulo analiza la evolución jurisprudencial, tanto constitucional como penal, en relación con la licitud de estas grabaciones y su incidencia en derechos fundamentales como la intimidad y el derecho a no autoincriminarse. El tercer capítulo aborda el tratamiento doctrinal de la prueba ilícita, la prueba derivada y sus efectos procesales, incluyendo el debate sobre el momento oportuno para su exclusión. El cuarto capítulo se articula en torno a un análisis de derecho comparado, centrado en los modelos estadounidense y alemán de exclusión probatoria, con el fin de contextualizar el sistema español. Finalmente, el quinto capítulo examina la aplicación práctica de estos criterios a través del análisis de casos paradigmáticos de corrupción política en los que las grabaciones privadas han desempeñado un papel central.

[1] Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985); Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000); Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979); Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (DOUE L 119, de 4 de mayo de 2016)

En suma, este trabajo pretende ofrecer una aproximación sistemática, crítica y actualizada a la utilización de las grabaciones privadas como medio de prueba en el proceso penal, destacando los equilibrios y tensiones que caracterizan al sistema español. El objetivo último es contribuir a una mejor comprensión de los límites constitucionales de la actividad probatoria y de los retos que plantea la protección de los derechos fundamentales en un contexto tecnológico y probatorio cada vez más complejo.

CAPÍTULO I. MARCO CONSTITUCIONAL Y NORMATIVO DE LAS GRABACIONES PRIVADAS EN EL PROCESO PENAL.

La utilización de grabaciones telefónicas como medio de prueba en el procedimiento penal puede derivar en una colisión de derechos fundamentales. Por un lado, el derecho a la intimidad personal y familiar consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española, cuyo ámbito de protección es la esfera privada o íntima de las personas frente a posibles intromisiones injustificadas. Por otro lado, el derecho a utilizar los medios de pruebas pertinentes del artículo 24.2 CE para poder garantizar un proceso justo y equitativo con todas las garantías constitucionales.

El marco normativo aplicable a este conflicto lo conforman un conjunto de normas de diversa naturaleza: constitucionales, procesales, orgánicas y europeas. Del análisis conjunto de las mismas se extraen los límites de la licitud probatoria en el proceso penal español, estableciendo un límite general: no puede ser admitida ninguna prueba que haya sido obtenida a través de vulneración de derechos fundamentales.

1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR (ARTÍCULO 18.1 CE)[2].

Esta disposición constituye el núcleo esencial del análisis ya que las grabaciones privadas pueden suponer (en ciertos casos) una intromisión en la esfera privada del interlocutor grabado. Dicho precepto debe ser utilizado como criterio principal para determinar la licitud o ilicitud de la grabación en función de la colisión con el derecho fundamental.

En el ámbito jurídico y legal, la intimidad se considera como un área personal reservada frente al conocimiento de terceros, donde cada persona desarrolla su vida privada y familiar[3]. Esto gana especial relevancia en la problemática de las grabaciones privadas ya que pueden contener muchos elementos de este ámbito que se trata de proteger y, de ahí, podría producirse una vulneración de la intimidad.

[2] Constitución Española de 1978.
[3] *Vid*., entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3º.

Es importante remarcar que, tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional en numerosísimas ocasiones, la mera grabación de una conversación privada no implica automáticamente una vulneración del derecho fundamental a la intimidad[4]. Es preciso realizar un análisis minucioso de las circunstancias concretas, aplicando criterios jurisprudenciales -que se estudiarán en el capítulo II de este trabajo-, para concluir sobre la posible vulneración.

2. EL DERECHO A UN PROCESO JUSTO, CON TODAS LAS GARANTÍAS Y A LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES (ARTÍCULO 24.2 CE)[5].

Esta disposición constitucional reconoce el derecho a utilizar los medios de prueba necesarios siempre que guarden relación con el objeto del litigio. Constituye una importante garantía procesal al asegurar que las partes puedan defenderse en condiciones de igualdad.

Sin embargo, este derecho no es ilimitado dado que su ejercicio está condicionado por el respeto a otros derechos fundamentales. En consecuencia, el derecho a la prueba no ampara la utilización de medios obtenidos mediante la vulneración de la intimidad o de otros derechos constitucionalmente reconocidos. Esta prohibición produce un conflicto de intereses pues, de un lado, el objetivo del procedimiento penal es encontrar la verdad de lo ocurrido, pero, por otro lado, no se puede valorar aquella prueba que haya sido obtenida vulnerando derechos fundamentales, aunque sea la única prueba decisiva. De esta dualidad nace el principio de exclusión de la prueba ilícita, que evita que el órgano judicial valore pruebas obtenidas con la vulneración de estos derechos.

Así, el artículo 24.2 CE cumple una doble función: garantizar el derecho de defensa, garantizando que ninguna persona sea privada del derecho a aportar las pruebas necesarias; y, a la vez, impedir la admisión de aquellas pruebas que atenten contra estas garantías.

[4] *Vid*., entre otras, Sentencia Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) núm. 652/2016, de 15 de julio, FJ 11º.
[5] Constitución Española de 1978.

3. PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA (ARTÍCULO 11 LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL)[6].

El artículo 11 LOPJ enuncia que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales". Este precepto encarna el principio de exclusión probatoria, reforzando la exigencia de que ninguna prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales pueda producir efectos jurídicos válidos.

Este principio tiene un doble objetivo: proteger a los ciudadanos frente a intromisiones injustificadas e ilegítimas en sus derechos fundamentales e impedir que los tribunales puedan entrar a valorar estas pruebas para evitar que su decisión esté influenciada, de alguna manera, por ellas.

El ámbito de aplicación del artículo 11.1 LOPJ se extiende, además, a las pruebas derivadas de una inicial vulneración de derechos, de modo que no solo se excluye la prueba ilícita principal, sino también las consecuencias o "frutos" de la misma. Esto es lo que se conoce como "la doctrina de los frutos del árbol envenenado", que se analizará en capítulos posteriores.

Aplicado al ámbito de las grabaciones, el principio de exclusión implica que una conversación privada solo podrá ser utilizada como prueba si su obtención no ha implicado la violación de derechos fundamentales. En caso contrario, no surtirá efecto alguno dentro del proceso.

4. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: ARTÍCULOS 283 Y 287.[7]

En materia de prueba ilícita, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no ofrece una regulación detallada, lo que hace necesario acudir supletoriamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[6] Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
[7] Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Los artículos 283.3 y 287 LEC son una referencia esencial para completar este marco normativo.

El artículo 283.3 LEC establece que *"*nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley*"*. Esta previsión refuerza el principio de exclusión de pruebas ilícitas contenido en el artículo 11.1 LOPJ, definiendo un criterio general para los tribunales: toda actividad probatoria que vulnere derechos fundamentales debe ser rechazada de oficio.

Por su parte, el artículo 287 LEC impone a las partes la obligación de alegar de forma inmediata la ilicitud de la prueba, ya sea en el momento de su proposición o de su práctica. La finalidad de este precepto es garantizar el principio procesal de contradicción y, además, evitar una posible convalidación tácita de las pruebas para el caso en el que el tribunal no lo haya apreciado de oficio, de acuerdo con el artículo 283.3. A continuación, impone la obligación de resolver sobre esta cuestión de forma inmediata en el acto del juicio.

Aunque ambas normas pertenecen a la jurisdicción civil, su aplicación supletoria al proceso penal se justifica por el principio de coherencia procesal y por la necesidad de cubrir vacíos normativos. La doctrina, como José María Asencio Mellado, sostiene que estos artículos complementan la regulación penal dada la ausencia de regulación en este aspecto[8].

5. EL TRATAMIENTO DE LAS GRABACIONES CONFORME A LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS: ARTÍCULO 6.1 REGLAMENTO GENERAL PROTECCIÓN DE DATOS.[9]

Este artículo recoge la perspectiva europea sobre esta cuestión. Establece que el tratamiento de datos personales será lícito cuando sea "necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero*",* siempre que no deban prevalecer los derechos y libertades fundamentales del interesado.

[8] ASENCIO MELLADO, J. M., "La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales", Diario La Ley, nº 8009, 25 de enero de 2013, p.8.
[9] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

La voz constituye un dato personal, de modo que toda grabación implica un tratamiento de datos. Por ello, si la finalidad del tratamiento es probar un hecho relevante en un procedimiento judicial, el interés legítimo de la parte que graba puede prevalecer sobre el derecho del interlocutor, siempre que la grabación se limite a la persecución de ese interés.

Esta disposición se encuentra relacionada con el artículo 24.2 CE, pues ambos preceptos comparten la finalidad de proteger el derecho de defensa sin perjudicar la tutela de los derechos fundamentales de terceros.

En consecuencia, el RGPD introduce una exigencia adicional en la valoración de la prueba: ya no basta con que la grabación sea procesalmente relevante, sino que además debe respetar los principios de protección de datos y proporcionalidad.

6. EL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR (ARTÍCULO 8 CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS).[10]

El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que *"*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*"*, permitiendo injerencias únicamente cuando estén previstas por la ley y sean "necesarias en una sociedad democrática" para la protección de intereses legítimos como pueden ser la seguridad, la prevención del delito o la protección de los derechos de otros.

Este precepto complementa y desarrolla, a nivel comunitario, el derecho a la intimidad promulgado en la Constitución Española. De la lectura conjunta de ambas normas se remarca la exigencia del respeto a los derechos fundamentales y la importancia de garantizar la protección de los mismos, en concreto en este caso, del derecho a la intimidad.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una extensa jurisprudencia sobre este derecho, en la que ha reiterado que las injerencias en la vida

[10] Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

privada solo son compatibles con el Convenio cuando respetan el principio de proporcionalidad y están suficientemente justificadas por la ley[11].

Además, sostiene el Tribunal que el respeto a la vida privada no solo se limita a las prohibición de las interferencias del Estado. De esta forma, impone a los poderes públicos la obligación de garantizar que los particulares no vulneren esta esfera protegida[12].

Por tanto, el artículo 8 CEDH establece también un criterio para la valoración de la licitud de las grabaciones privadas. La intromisión solo será legítima si es proporcional y se justifica en una necesidad social relevante.

7. SÍNTESIS DEL SISTEMA NORMATIVO APLICABLE.

Del conjunto de normas, nacionales y europeas, analizadas anteriormente se deduce la intención última del legislador en este conflicto: intentar equilibrar el derecho a la intimidad con el derecho a la prueba.

Se derivan tres conclusiones fundamentales: La búsqueda de la verdad procesal debe realizarse a través de medios legítimos sin que se pueda justificar la vulneración de derechos fundamentales; la admisión de las grabaciones privadas debe estar justificada por un interés legítimo -el derecho a la prueba- y debe ser, en todo caso, proporcional. Y, para garantizar que se cumplen estos requisitos, el legislador prevé mecanismos procesales para excluir las pruebas ilícitas e impedir su valoración por parte del órgano juzgador -artículo 11 LOPJ; arts. 283.3 y 287 LEC-.

Sobre esta base normativa se sustentan las posiciones jurisprudenciales y doctrinales que se analizarán y desarrollarán en los capítulos II y III de este trabajo.

---

[11] *Vid.,* entre otras, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Klass y otros c. Alemania*, de 6 de septiembre de 1978.

[12] *Vid*., entre otras, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979, § 31

CAPÍTULO II. CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LICITUD DE LAS GRABACIONES PRIVADAS.

Este capítulo tiene por objeto examinar la evolución jurisprudencial en torno a la utilización de grabaciones realizadas por uno de los interlocutores, y su compatibilidad con el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española.

La cuestión ha sido abordada de forma extensa tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, que han ido estableciendo el modo en que el derecho a la intimidad debe ponderarse con otros derechos de rango constitucional, especialmente con el derecho a la prueba y al proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE.

Es importante remarcar, antes de comenzar el análisis, que el artículo 18.3 CE, relativo al secreto de las comunicaciones, no resulta aplicable a las grabaciones realizadas por uno de los participantes en la conversación, ya que dicho precepto protege únicamente frente a injerencias de terceros o de los poderes públicos. Así lo ha reiterado el Tribunal Supremo[13] al señalar que la grabación de una conversación propia no constituye vulneración del secreto de las comunicaciones, sino, en su caso, una posible intromisión en la intimidad cuando el contenido afecte a la esfera estrictamente personal.

Tomando todo ello en consideración, el presente capítulo analiza la jurisprudencia constitucional y penal que ha delimitado el derecho a la intimidad y los criterios de licitud o ilicitud de las grabaciones privadas, así como la posición de los tribunales en lo relativo a su posible utilización como prueba de confesión.

[13] *Vid.,* entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) núm. 2081/2001, de 9 de noviembre; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) núm. 1051/2009, de 28 de octubre.

1. DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA Y SU IMPACTO EN EL DERECHO A LA INTIMIDAD.

1.1. Sentencia del Tribunal Constitucional, 114/1984 de 29 de noviembre.[14]

Esta sentencia puede considerarse como la resolución emblemática de esta problemática pues de ella derivó, por primera vez, el planteamiento de la teoría de la prueba ilícita y su incidencia en el ordenamiento jurídico español.

El Tribunal Constitucional declaró la doble dimensión de los derechos fundamentales: una dimensión objetiva, en cuanto son valores básicos del ordenamiento jurídico que garantizan una convivencia pacífica; así como una dimensión subjetiva puesto que estos derechos pueden ser invocados por sus titulares ante los tribunales para garantizar su protección frente a potenciales violaciones. Ahora bien, el contenido esencial de los derechos fundamentales no contempla que una hipotética violación de los mismos, a través de un medio de prueba, resulte automáticamente, en la lesión del derecho en cuestión. Esto es, no hay un derecho subjetivo en sí mismo para la exclusión de pruebas ilícitas. Ello no quiere decir que se puedan admitir pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, puesto que el ordenamiento, en virtud del contenido objetivo de estos derechos fundamentales, no puede validar actos que los violen, pero su inadmisión se fundamentará en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (Artículo 24.2 CE) no en el derecho fundamental específicamente lesionado, ya que su contenido esencial no abarca la inadmisión.

Del anterior análisis nace un conflicto de intereses pues, por un lado, todo procedimiento judicial va encaminado al esclarecimiento de los hechos y, por ello, a la búsqueda de la verdad, pero a esa verdad no se puede llegar de cualquier forma ni a través de la lesión de derechos. Para ello, el tribunal propone un análisis de ponderación por parte del juez, caso por caso, para encontrar qué debe prevalecer en cada caso, en función de las circunstancias: si el interés superior es la búsqueda de la verdad y, por tanto, la eficacia probatoria o si, por el contrario, debe prevalecer el derecho fundamental que, potencialmente, podría ser vulnerado. Establece, en todo caso, que, si la lesión afecta a

[14] Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 114/1984, de 29 de noviembre.

derechos de rango constitucional -como podría ser el derecho a la intimidad- la protección de ese derecho debe ser el interés superior, lo que supondría la exclusión de la prueba obtenida a través de su lesión. En consecuencia, el análisis se debe centrar en determinar si el derecho fundamental en juego ha sido vulnerado con la obtención de la prueba ya que, como se ha explicado supra, que una prueba pueda tener cierta incidencia sobre un derecho fundamental no implica que, automáticamente, se produzca una lesión de este. Si se constata que ha habido violación del derecho, es entonces cuando debe excluirse del proceso.

Poniendo el foco ahora en la problemática de las grabaciones privadas, por ser esta la línea central de este trabajo, en esta resolución el tribunal realiza una distinción entre las circunstancias que puedan determinar la licitud o ilicitud de este medio probatorio. Declara así que, si la grabación es realizada por uno de los interlocutores de la conversación, no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, consagrado en el artículo 18.3 CE, y, por tanto, gozaría de licitud -a no ser que del contenido de la conversación se pudiese derivar una intromisión en la llamada esfera privada e íntima del interlocutor y, por ello, constituyese una violación del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE- . En palabras del tribunal "quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 CE.".

Si la grabación es realizada por un tercero ajeno sin consentimiento de ninguno de los interlocutores, la prueba sería ilícita, en virtud del artículo 11.1 LOPJ, por violar el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE. En cambio, si la grabación es realizada por un tercero, basta con el consentimiento de uno de los interlocutores para eliminar la prohibición.

De manera incipiente, la sentencia introduce los fundamentos de lo que más tarde se conocería como la doctrina de los frutos del árbol envenenado, aunque sin emplear aún dicha expresión. El Tribunal señala que la ilicitud en la obtención de una prueba no puede considerarse neutralizada por otros medios probatorios aparentemente independientes, ya que la valoración conjunta que realiza el juez puede quedar igualmente viciada por

influencia en su decisión de la prueba ilícitamente obtenida. Con ello, el Tribunal Constitucional sienta la base de una doctrina que posteriormente se consolidará: la ineficacia refleja de la prueba ilícita, según la cual no solo debe excluirse la prueba obtenida directamente con vulneración de derechos fundamentales, sino también aquellas que derivan causal o lógicamente de la inicial, en tanto quedan impregnadas de su ilicitud. Esta primera aproximación será posteriormente desarrollada por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, especialmente la STC 184/2003, de 23 de octubre, donde se consolida la denominada doctrina de la conexión de antijuridicidad, que se expondrá a continuación.

1.2. Sentencia Tribunal Constitucional, 184/2003 de 23 de octubre. [15]

Esta sentencia puede considerarse como la resolución continuadora y sistematizadora de la doctrina iniciada por la STC 114/1984, de 29 de noviembre, en materia de prueba ilícita y efectos reflejos de la vulneración de derechos fundamentales. Si bien esta sentencia tiene por objeto principal el tratamiento de la vulneración del secreto de las comunicaciones, su razonamiento trasciende del ámbito del artículo 18.3 CE, al establecer una doctrina general sobre la eficacia refleja de las pruebas ilícitas. Por ello, sus conclusiones pueden trasladarse al estudio del derecho a la intimidad, en tanto ambos derechos responden a la misma lógica constitucional frente a intromisiones ilegítimas.

El Tribunal afirma que no puede concederse eficacia probatoria a las conversaciones ilícitamente intervenidas, ni a su reproducción directa (cintas, audiciones), ni a sus transcripciones, ni tampoco a su introducción mediante prueba testifical. Con esto, lo que se procura es evitar introducir en el proceso pruebas ilícitas con apariencia de licitud mediante otra vías indirectas. La consecuencia es: una vez constatada la lesión del derecho fundamental, el contenido de la prueba queda vedado al juicio oral, con independencia de la forma que revista.

La regla, aunque formulada respecto de escuchas telefónicas, es perfectamente aplicable a una grabación privada que vulnere el artículo 18.1 CE: constatada la lesión del derecho a la intimidad (por ejemplo, por captación de contenidos estrictamente

[15] Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 184/2003, de 23 de octubre.

personales o reservados sin justificación ni fin legítimo), no es posible introducir el contenido de esa grabación ni por el propio soporte ni por otros mecanismos. Esto es, un cambio en la forma no puede sanar el fondo.

La sentencia consolida la doctrina de la conexión de antijuridicidad: la prohibición de valoración no se limita únicamente respecto de la prueba esencialmente ilícita, sino que se extiende a las pruebas derivadas si estas mantienen con ella un nexo causal y jurídico relevante. En palabras del tribunal, quedan contaminadas las diligencias que "encuentran su razón de ser y justificación" en el conocimiento adquirido mediante la prueba ilícita.

Con ello se pretende evitar dos extremos: la exclusión automática de todo lo posterior que sea independiente por el mero hecho de que haya una prueba anterior ilícita, ni convalidar la producción de efectos que, en realidad, derivan de la lesión.

Para ello, hay que realizar un análisis de conexión entre los instrumentos de prueba: si las diligencias de prueba nacen gracias a lo ilícitamente conocido a través de la grabación telefónica, la ilicitud se transmite y procede la exclusión; cuando existan pruebas obtenidas por otras vías independientes (documentación anterior, testificales ajenas a la grabación etc.), la prueba derivada podrá valorarse pues no se podría concluir que deriva de lo ilícito.

La sentencia insiste en que una intromisión en un derecho fundamental exige cobertura legal suficiente, motivación específica, control judicial real y continuado y proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Aunque, como ya se ha indicado, en esta resolución el foco es 18.3 CE, el test es aplicable al ámbito del derecho a la intimidad del 18.1 CE para valorar la licitud de la grabación entre particulares cuando la parte invoca su derecho a la prueba . La admisión como medio de prueba de una grabación privada solo resulta constitucionalmente sostenible si no invade la esfera íntima, responde a una finalidad legítima -como puede ser el ejercicio del derecho de defensa o el derecho a la prueba- y supera un examen de necesidad y proporcionalidad, ponderado con criterios de buena fe y ausencia de provocación por parte del captador de la conversación.

2. DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.

Con las STC 114/1984 y 184/2003 se ha abordado el régimen de exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, así como los criterios que rigen su valoración y los efectos reflejos derivados de su ilicitud. Por tanto, una vez establecido el marco general sobre la ineficacia procesal de la prueba ilícita, resulta necesario centrar ahora el análisis en el contenido sustantivo del derecho fundamental a la intimidad, con el fin de delimitar cuándo puede considerarse vulnerado y, en consecuencia, cuándo procede la exclusión de la grabación como medio de prueba.

El Tribunal Constitucional ha definido en numerosas ocasiones el concepto del derecho a la intimidad. En sus propias palabras, "El derecho a la intimidad salvaguardado en el art. 18.1 C.E. tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad. El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida. Es cierto que inicialmente pueden quedar excluidos de ese poder de disposición aquellos datos o informaciones producidos y destinados al tráfico jurídico con terceros o sometidos a fórmulas específicas de publicidad pero no lo es menos que esta circunstancia no obsta para que el individuo esgrima un interés legítimo en sustraerlos del conocimiento de los demás, como del mismo modo lo puede haber para que esos aspectos de la vida individual sean públicos y conocidos, o puedan serlo. Y ello es así porque el art. 18.1 C.E. no garantiza sin más la «intimidad», sino el derecho a poseerla, a tener vida privada disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a nuestra persona y familia, sea cual sea el contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público."[16]

Por tanto, el derecho a la intimidad se configura como el poder jurídico que garantiza al individuo el control sobre la información relativa a su vida personal y familiar, permitiéndole decidir qué aspectos desea mantener reservados. Este derecho otorga al titular la facultad de imponer a terceros su voluntad de no divulgar dicha

[16] Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 144/1999, de 22 de julio, FJ 8º.

información o de prohibir su difusión no consentida, constituyendo así un ámbito de privacidad indisponible para los demás.[17]

Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional advierte que el ejercicio de este poder de disposición no es absoluto, pues ha de encontrar sus límites en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos[18]. Asimismo, se impone a los poderes públicos un deber positivo de protección[19], obligándoles a adoptar las medidas necesarias para preservar ese ámbito reservado frente a injerencias ilegítimas. En virtud de este deber positivo, el juez debería adoptar la medida de inadmisión en el caso de utilización como medio de prueba de grabaciones privadas obtenidas con violación del derecho a la intimidad.

2.1. Sentencia Tribunal Constitucional, 170/2013 de 7 de octubre.[20]

Esta resolución, que continúa profundizando en el régimen del derecho fundamental a la intimidad, declara el carácter objetivo del concepto intimidad ya que la misma se refiere a un área reservada de la vida de las personas ajena al conocimiento de terceros, que en todo caso debe protegerse. Sin embargo, el tribunal remarca que es facultad individual de cada persona delimitar cuál es el área de la intimidad que debe ser objeto de protección.

Este ámbito de protección no se limita únicamente al ámbito doméstico o del domicilio, sino que también abarca todos aquellos aspectos de la vida social o profesional en los que pueda haber incidencia de la vida íntima de una persona.

De este ámbito de protección nace el criterio de la expectativa razonable de privacidad. En ese sentido, se considerará que se vulnera el derecho a la intimidad si lo que recoge el contenido de la grabación telefónica (concretando en la temática del trabajo) es algo que el interlocutor grabado consideraba que iba a permanecer en su ámbito privado protegido ya que este tenía una expectativa razonable de intimidad. No obstante,

[17] Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 144/1999, de 22 de julio, FJ 8º.
[18] *Vid*., entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 5º; Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 110/1984, de 26 de noviembre FJ 5º.
[19] *Vid*., en este sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6º.
[20] Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 170/2013, de 7 de octubre.

ello no implica automáticamente que la utilización de esa grabación como medio de prueba sea ilícito puesto que habrá que realizar, como ya se ha explicado anteriormente, el análisis de ponderación y proporcionalidad ya que la intimidad no es absoluta y puede ceder ante otros intereses legítimos.

Por otro lado, si el interlocutor grabado podía contemplar alguna posibilidad de que la conversación, por las circunstancias concretas del tiempo o del contenido, podía ser grabada, la expectativa de privacidad disminuye.

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA LICITUD DE LAS GRABACIONES PRIVADAS.

El Tribunal Supremo, en consonancia con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, ha delimitado la licitud de las grabaciones privadas realizadas por uno de los interlocutores y su posible utilización como medio de prueba en el procedimiento judicial penal. La principal distinción que realiza el alto tribunal, de la misma manera que el Tribunal Constitucional, es que estas grabaciones podrían tener una eventual incidencia sobre el derecho a la intimidad, recogido en el artículo 18.1 CE, y no sobre el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3[21].

De esta forma, la jurisprudencia penal ha reiterado que no existe vulneración del secreto de las comunicaciones cuando la grabación la realiza uno de los interlocutores de la conversación pues no hay una intromisión ilegítima al no intervenir un tercero que intercepte la comunicación[22].

Ahora bien, el Tribunal Supremo señala que la grabación podría vulnerar el derecho a la intimidad si el contenido de la conversación afecta al núcleo personal o familiar del interlocutor y se realiza sin causa legítima o justa[23]. Por ello, el juicio de licitud debe efectuarse caso por caso, atendiendo al contenido, contexto y finalidad de la grabación. Así las cosas, el Tribunal Supremo señala que la validez probatoria depende

[21] *Vid*., entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) núm. 2081/2001, de 9 de noviembre.
[22] *Vid.,* entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) núm. 684/2004, de 25 de mayo; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) núm. 1051/2009, de 28 de octubre; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) núm. 652/2016, de 15 de julio.
[23] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) núm. 652/2016, de 15 de julio, FJ 11º.

de que la conversación haya sido libre y espontánea, sin provocación ni ardides por parte del interlocutor que graba. Cuando la grabación se obtiene mediante un encuentro forzado o artificioso, con la única finalidad de crear una prueba incriminatoria, desaparecen los requisitos de buena fe y espontaneidad, y, por tanto, la prueba se tiñe de ilicitud[24]. No obstante, esta distinción no está exenta de dificultades en la práctica, a la hora de diferenciar entre un supuesto y otro, lo que puede dar lugar a pronunciamientos dispares.

4. LAS GRABACIONES COMO MEDIO DE CONFESIÓN: LA DOCTRINA DEL *NEMO TENETUR* Y LAS DISTINTAS POSICIONES DE LOS TRIBUNALES.

El artículo 24.2 de la Constitución española recoge, entre otros derechos, el derecho de las personas a no declarar contra sí mismas ni a confesarse como culpables. Esto se recoge en el principio *nemo tenetur se ipsum accusare,* constituyendo un principio garantista para evitar confesiones de manera forzada, especialmente en el contexto de los interrogatorios entre las autoridades y el investigado.

Este hecho gana especial relevancia, en el marco de las grabaciones, cuando una persona está siendo grabada sin conocimiento y se confiesa culpable. Por tanto, se plantea la duda de si esta garantía debe también aplicarse a las manifestaciones espontáneas entre particulares. Los tribunales, en un primer momento, adoptaron una postura que se ha ido perfilando y desarrollando con el paso del tiempo hasta llegar a la posición actual. Toda esta evolución se expondrá a continuación.

La primera resolución destacable que supuso un punto de partida en esta controversia fue la STC 178/1996 . En este caso, una de las partes aportó como medio de prueba una cinta magnetofónica que contenía una conversación privada en la que uno de los interlocutores -también investigado en el procedimiento- confesaba los hechos. El tribunal consideró que no debía entrar a valorar esa prueba puesto que vulneraba el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable y carecía de todas las garantías constitucionales que deben cumplirse en una confesión. El alto tribunal argumentó que el contenido de la grabación no podía considerarse una manifestación libre y espontánea, sino una autoinculpación provocada con la única intención de conseguir una prueba. Finalmente, declaró nula la grabación como prueba

[24] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) núm. 1066/2009, de 4 de noviembre, FJ 3º.

de confesión, aunque la condena se mantuvo al existir otras pruebas válidas y practicadas conforme a la ley que fundamentaban la culpabilidad del acusado[25].

El Tribunal Constitucional también se pronunció sobre esta postura para delimitar el alcance del principio. Señaló que este principio consiste en una garantía de carácter procesal del derecho de defensa cuyo finalidad es, por tanto, la protección del investigado frente a los poderes públicos[26] -como puede ser el órgano enjuiciador o la policía-. Por tanto, no se aplicaría dicha garantía a grabaciones privadas que recojan declaraciones espontáneas de una persona fuera del procedimiento judicial. Esto supuso un cambio en la concepción inicial sobre esta garantía y comenzó a aplicarse únicamente respecto de las relaciones Estado-ciudadano durante el procedimiento penal.

Siguiendo esa misma línea, la STS 2081/2001 analizó unas grabaciones obtenidas por unos agentes de la Guardia Civil de manera encubierta. En ellas, el acusado se auto incriminaba sin saber la verdadera identidad de los otros interlocutores. Por esta razón el tribunal consideró que sí se había producido una vulneración del derecho a no declarase culpable ya que los verdaderos interlocutores no eran unos simples particulares, sino agentes del estado cuyo principal objetivo era obtener una confesión mediante el engaño. La grabación como prueba se declaró nula por vulneración del derecho recogido en el artículo 24.2 CE. Aún así, como en los casos anteriores, en este supuesto también existían otras pruebas que apuntaban a la culpabilidad del acusado por lo que fue finalmente condenado. La Sala declaró que, de no haber existido otras pruebas que fundamentasen la culpabilidad, no se podría haber llegado a una sentencia condenatoria por la prohibición impuesta en el artículo 11 LOPJ[27].

De la misma forma, la STS 421/2014 continúa con esta postura cimentando la doctrina actual sobre el alcance del *nemo tenetur*. Reitera que el derecho a no declarar contra sí mismo opera en el marco Estado-ciudadano, pues es en ese contexto donde la coacción o el abuso de poder puede llevar a una confesión forzosa. Por tanto, las grabaciones obtenidas por uno de los interlocutores en un contexto privado no vulneran el artículo 24.2 CE, siempre que no se hayan obtenido mediante engaño, provocación o

[25] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) núm. 178/1996, de 1 de marzo.
[26] Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6º.
[27] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) núm 2081/2001, de 9 de noviembre.

coacción. El Tribunal añade que la validez de tales grabaciones dependerá de la espontaneidad del encuentro y de la ausencia de artificios dirigidos a obtener una confesión, conforme al principio de buena fe procesal[28].

De lo anterior se evidencia la evolución jurisprudencial, desde una primera interpretación más extensiva hasta llegar a una concepción más precisa y restringida, en la que el derecho a no autoincriminarse se entiende como una garantía estrictamente procesal, reservada únicamente frente a los poderes públicos. Por tanto, la ilicitud de una grabación privada no puede fundarse en la vulneración del *nemo tenetur*, sino en la posible lesión de otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad. A pesar de ello, esta interpretación obliga a extremar la cautela en aquellos casos en los que la intervención de particulares pueda encubrir una actuación indirecta de los poderes públicos

[28] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) núm. 421/2014, de 16 de mayo, FJ 4º ; *vid.* también Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) núm. 214/2018, de 8 de mayo, FJ 2º.

CAPÍTULO III. TRATAMIENTO DOCTRINAL DE LA PRUEBA ILÍCITA.

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA.

La doctrina coincide en señalar que no existe una denominación legal concreta para referirse a los supuestos en los que una prueba no puede ser valorada por haber sido obtenida mediante la vulneración de derechos fundamentales. Ni el legislador español ha establecido un término específico, ni la jurisprudencia utiliza una expresión única; se manejan indistintamente conceptos como prueba ilícita, prueba ilegal, prueba prohibida, prueba inconstitucional o prueba irregular, lo que evidencia, como señala López-Barajas, la falta de unificación terminológica y conceptual existente tanto en el Derecho español como en el comparado. Esta falta de uniformidad es un claro indicador de la complejidad de la problemática, pues determinar cuándo una prueba puede calificarse como ilícita "sigue siendo una cuestión no resuelta", tal y como describe la autora[29].

Dentro de este marco terminológico variado, puede afirmarse que la prueba ilícita es una categoría autónoma que se fundamenta exclusivamente en el hecho de que su obtención ha implicado la vulneración de un derecho fundamental de carácter material, y no en defectos procesales ni en irregularidades formales. Esta distinción es esencial: la ilicitud no deriva nunca de la vulneración de derechos procesales, aun cuando estos tengan rango constitucional —como el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes—, sino de la lesión directa de un derecho fundamental sustantivo, cuya violación determina inmediatamente la invalidez del resultado obtenido. Según este autor, confundir la infracción de un derecho procesal con una prueba ilícita conduciría a "disolver la figura" en un conjunto heterogéneo de irregularidades que nada tienen que ver con su fundamento constitucional original[30].

López-Barajas recuerda que la STC 114/1984 fue el punto de partida del tratamiento de esta problemática, pero destaca que dicha sentencia no llegó a explicar de manera completa el fundamento de la exclusión, limitándose a invocar la "posición

[29] LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., "La prueba ilícitamente obtenida y su eficacia refleja", Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 708, 2006, p. 5.
[30] ASENCIO MELLADO, J. M., "La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales", Diario La Ley, nº 8009, 25 de enero de 2013, p. 2.

preferente"[31] de los derechos fundamentales en el ordenamiento, sin desarrollar una justificación fundamentada sobre por qué la vulneración de esos derechos invalida automáticamente el resultado probatorio. El Tribunal Constitucional sí lo fundamentó posteriormente en la STC 49/1999[32], en la que enmarcó la prohibición de valorar pruebas ilícitas dentro del derecho a un proceso con todas las garantías, recordando que la presunción de inocencia solo puede ser destruida mediante prueba obtenida con pleno respeto a las garantías constitucionales, lo que podría entenderse como una declaración jurisprudencial sobre el fundamento de exclusión de las pruebas ilícitas.

No obstante, Asencio Mellado critica esta interpretación jurisprudencial —que vincula la prueba ilícita al artículo 24 CE en general o a la presunción de inocencia—. En su opinión, la prueba ilícita no puede fundamentarse en la generalidad del derecho a un proceso con todas las garantías, porque ello confundiría un derecho procesal (cuya vulneración daría lugar a la nulidad u otros incidentes procesales) con una lesión sustantiva que invalida totalmente la prueba. Tampoco puede basarse en la presunción de inocencia ya que esta opera en la fase de valoración, mientras que la ilicitud se produce en la fase de obtención de la propia prueba. Para Mellado, el fundamento real y el que determina la exclusión de la prueba ilícita es la violación del derecho fundamental sustantivo que se produce al obtener la información, y precisamente es esa vulneración la que determina la prohibición de valoración, con independencia de otros posibles efectos procesales[33].

Una cuestión también debatida es si la expresión del artículo 11.1 LOPJ, que limita la prohibición a las pruebas obtenidas vulnerando "derechos o libertades fundamentales", debe interpretarse de manera estricta o amplia. López-Barajas señala que una interpretación estricta de este precepto implicaría reducir la prohibición únicamente a los derechos incluidos en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución. Sin embargo, esta interpretación excluye otros supuestos también graves, como la obtención de pruebas mediante violaciones del derecho de propiedad o injerencias de similar gravedad a la intromisión en derechos personales (como el robo de documentos para usarlos como prueba), que quedarían fuera del ámbito literal del

[31] LÓPEZ-BARAJAS PEREA, op. cit., p. 2
[32] Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 49/1999, de 5 de abril, FJ 12º.
[33] ASENCIO MELLADO, J. M, op. cit., pp. 2-3.

precepto pese a su gravedad. Por ello, la doctrina tiende a defender una interpretación amplia y finalista del artículo 11 LOPJ, según la cual "merecen protección reforzada todos aquellos derechos cuya vulneración, por su gravedad, haga inviable que el resultado probatorio se incorpore al proceso", aunque no pertenezcan formalmente a la Sección Primera[34].

A esta indeterminación conceptual se suma la falta de unificación jurisprudencial. La propia López-Barajas constata que la jurisprudencia no ha ofrecido una definición concluyente de prueba ilícita y que, aunque ha reconocido que sus efectos son más intensos cuando la vulneración es constitucional, sigue existiendo confusión en torno a la diferencia entre la prueba ilícita y nulidad procesal, lo que dificulta su aplicación.[35] En la misma línea, Asencio Mellado advierte que la doctrina jurisprudencial oscila entre categorías sin delimitar claramente qué vulneraciones producen nulidad de actuaciones, exclusión probatoria o ambas, lo cual afecta directamente a la precisión que requiere esta institución[36].

Finalmente, resulta relevante la función preventiva o disuasoria con la que la doctrina caracteriza a la prueba ilícita. Mellado sostiene que uno de los fundamentos esenciales de esta categoría es evitar que la vulneración de derechos fundamentales se convierta en un medio adecuado y generalizado de obtención de pruebas. La exclusión de la prueba ilícita opera, así, como un mecanismo que evita obtener información mediante vías constitucionalmente prohibidas, preservando la integridad del proceso y la protección material de los derechos fundamentales[37]. En otras palabras, la prueba ilícita no solo protege al individuo afectado, sino que también evita integrar en el proceso un resultado obtenido vulnerando derechos constitucionales.

En conclusión, la prueba ilícita es una institución de gran complejidad que todavía no ha sido plenamente unificada por la doctrina ni por la jurisprudencia. Su núcleo es claro: la vulneración de un derecho fundamental sustantivo en la obtención de la prueba, pero su delimitación conceptual continúa siendo objeto de controversia, tanto por la falta

[34] LÓPEZ-BARAJAS PEREA, op. cit., p. 3.
[35] *Ibid.,* p. 4.
[36] ASENCIO MELLADO, J. M , op. cit., pp. 3-4.
[37] *Ibid*., pp. 1-2.

de denominación legal unificada así como por las tensiones entre la interpretación jurisprudencial y las posiciones doctrinales. Lo que sí es claro es que su fundamento está en la necesidad de preservar la coherencia interna del proceso, impedir que el Estado se beneficie de una infracción constitucional y garantizar que el juicio se desarrolle únicamente con base en materiales obtenidos de manera constitucionalmente legítima.

2. LA EFICACIA REFLEJA DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS Y DOCTRINA DE LA FRUTA DEL ÁRBOL ENVENENADO.

El Tribunal Constitucional ha definido la prueba derivada como aquella que, en esencia, es válida por su fondo[38]. Sin embargo, se tiñe de ilicitud al analizar su origen pues ha sido obtenida a partir de una información o prueba anterior ilícita. Aunque estas pruebas, en sí mismas, sean técnicamente válidas y contengan información relevante no pueden valorarse si derivan causalmente de una primera prueba declarada ilícita, ni siquiera, aunque fuese la única prueba incriminatoria[39]. El Tribunal Supremo comparte esta definición y concepción constitucional[40].

Este fenómeno jurisprudencial deriva de la doctrina conocida como "fruta del árbol envenenado". Se origina en el sistema anglosajón, concretamente en la jurisprudencia norteamericana de comienzos del siglo XX, donde surgió como una extensión de la *exclusionary rule*. En diversas resoluciones, los tribunales estadounidenses afirmaron que no solo debía excluirse la prueba obtenida ilícitamente, sino también aquellas otras que procedieran causalmente de ella[41].

Esta concepción, cuyo principal objetivo es reforzar la protección de los derechos constitucionales y desincentivar a las autoridades de recurrir a prácticas de investigación ilegítimas con la única intención de incriminar, fue progresivamente aceptada en España, especialmente por los tribunales, sin suponer, por tanto, un cambio legislativo[42]. No obstante, en nuestro sistema se ha admitido esta figura, pero de manera limitada, no de la totalidad de las pruebas, para no frustrar el *ius puniendi*. Una inicial aplicación de esta

[38] Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 81/1998, de 2 de abril, FJ 4º.
[39] Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4º.
[40] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 17 de febrero de 1999 (Rec. 1532/1998), FJ 2º.
[41] *Vid*. *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914); *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).
[42] *Vid*., entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 49/1999, de 5 de abril.

doctrina originó controversia pues se dejaba impune a personas con delitos que merecían especial reproche. Por tanto, se terminó por adaptar esta concepción anglosajona al modelo español a través de una fórmula dentro del artículo 11.1 LOPJ y desarrollándose a través de criterios jurisprudenciales, especialmente el de la conexión de antijuridicidad.

Una de las primeras resoluciones relevantes en esta línea es un Auto del Tribunal Supremo de 1992 donde el tribunal remarcaba "(…) hay que insistir en que en un Estado de Derecho, como el nuestro, corresponde a los Jueces penales descubrir la verdad sólo a través de los procedimientos legalmente establecidos, conforme a la Constitución y en función de ella interpretados, así como de los correspondientes Instrumentos Internacionales, y no de otros medios no ajustados a la legalidad por mucho y noble que pueda ser el interés de descubrir la verdad histórica o real"[43].

En este mismo auto, el TS establece que una prueba nula por sí misma no es suficiente para dejar impune al acusado. Ahora bien, tampoco se puede permitir que produzca efectos, aunque sea indirectamente. Hay que analizar la dependencia y causalidad de las pruebas para determinar su posibilidad de valoración válida en el proceso o, por el contrario, su prohibición de valoración si son dependientes de la primera prueba ilícita[44]. Es en este argumento donde se encuentra la principal diferencia con la doctrina americana.

El criterio principal desarrollado por el Tribunal Constitucional para abordar esta doctrina de la eficacia refleja de las pruebas es a través de lo que se denomina conexión de antijuridicidad[45]. Este criterio responde a la necesidad de equilibrar dos objetivos en tensión: por un lado, evitar que la vulneración de un derecho fundamental produzca efectos indirectos en el proceso, vaciando de contenido el artículo 11.1 LOPJ; por otro, impedir que una aplicación excesivamente extensa de la eficacia refleja frustre *el ius puniendi,* disminuyendo la eficacia del sistema penal.

Para determinar si existe conexión de antijuridicidad, el Tribunal Constitucional exige que concurran dos elementos:

---

[43] Auto del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 18 de junio de 1992 (Rec. 610/1990).
[44] Auto del TS de 18 de junio de 1992.
[45] *Vid.,* entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 184/2003, de 23 de octubre, FJ 4º; Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 81/1998, de 2 de, FJ 4º.

En primer lugar, debe apreciarse una causalidad natural entre la prueba ilícita y la derivada. Esto es, que la segunda exista únicamente porque se produjo la vulneración inicial[46]. Se trata de un análisis empírico: verificar si la cadena de acontecimientos que conduce a la prueba posterior nace efectivamente de la intrusión ilegítima. Esto es, un análisis a través de la teoría de equivalencia de condiciones.

En segundo lugar, debe valorarse la causalidad jurídica, más cualitativa, que atiende a la gravedad de la vulneración, la entidad del derecho fundamental afectado, la intensidad de la intromisión y el riesgo de incentivar futuras conductas lesivas[47]. Una prueba derivada puede haber sido obtenida cronológicamente después de la ilícita, pero esto no implica automáticamente su ilicitud. Si la prueba inicial carece de entidad suficiente o la prueba posterior es ajena o independiente al contenido de la primera, no existirá conexión de antijuridicidad[48].

Aplicando este análisis al ámbito específico de este trabajo, que es el derecho a la intimidad: se debe identificar qué garantía concreta de este derecho ha sido afectada y de qué modo. Ello supone valorar la naturaleza y el alcance de la intromisión, teniendo en cuenta el tipo de información obtenida, el grado de intrusión, la ausencia de consentimiento de la persona grabada etcétera. Este análisis adquiere especial relevancia en el contexto actual de la sociedad tecnológica, en la que el uso de herramientas como la geolocalización o la inteligencia artificial facilita la obtención de pruebas ilícitas.

El Tribunal Supremo ha complementado este análisis de antijuridicidad, con aplicación del artículo 11.1 LOPJ. Por un lado, establece que no existe conexión de antijuridicidad entre la prueba ilícita y las restantes cuando estas son autónomas y no dependen ni derivan de la vulneración inicial. A este respecto, añade el elemento del hallazgo inevitable[49]: si la prueba posterior ha sido conocida gracias a la prueba inicial ilícita, pero se puede demostrar que podría haber sido conocida igualmente por otras vías independientes y plenamente lícitas se permite su valoración como prueba. Es importante matizar que esta excepción solo opera cuando los investigadores actuaron de buena fe, excluyendo los casos en que la actuación estatal, por su naturaleza, pretendía aprovechar

[46] Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 86/1995, de 6 de junio, FJ 3º.
[47] Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 81/1998, de 2 de, FJ 4º.
[48] LÓPEZ-BARAJAS PEREA, *op. cit.,* p. 11.
[49] *Vid*., entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 974/1997, de 4 de julio, FJ 4º; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 511/2015, de 21 de julio, FJ 9º.

la vulneración del derecho fundamental[50]. Este doble filtro permite evitar tanto la transmisión indiscriminada de la ilicitud como el riesgo de impunidad derivado de una prohibición excesivamente expansiva.

Además, el Tribunal Constitucional ha añadido dos elementos que deben ser también examinados: el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia. Puede ocurrir que la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, o de otras que deriven directa y causalmente de ella, produzca exclusivamente la lesión de dicho derecho, sin que, necesariamente, resulte afectada la presunción de inocencia. Esto sucede cuando la condena no se apoya en las pruebas ilícitas, sino que existen otras evidencias válidas, independientes y suficientes para sustentar el fallo. En tales supuestos, la irregularidad procesal obliga a excluir las pruebas contaminadas, pero ello no determina, por sí solo, la imposibilidad de mantener un fallo condenatorio. Una vez superado este primer análisis, debe realizarse el segundo: determinar si la presunción de inocencia ha quedado debilitada mediante pruebas válidas, obtenidas con pleno respeto a las garantías y aptas para fundar un juicio de culpabilidad más allá de toda duda razonable (STC 165/2005; 167/2002;).[51]

Esta distinción no es solo importante desde el punto de vista dogmático, pues tiene también gran trascendencia práctica. Si estamos ante una vulneración del derecho a la presunción de inocencia se trata de un vicio *in iudicando*, que afecta directamente al juicio de culpabilidad. En ese caso, se debe anular la sentencia y dictar una absolutoria, por haberse fundamentado esta en pruebas ilícitas. Por el contrario, cuando lo que se vulnera es el derecho a un proceso con todas las garantías, estamos ante un *vicio in procedendo,* de naturaleza estrictamente formal. En este caso, la reparación del derecho exige declarar la nulidad de la prueba ilícita y del juicio oral, ordenando la retroacción de las actuaciones para que un nuevo tribunal practique y valore la prueba de acuerdo con las exigencias constitucionales. Por tanto, la primera situación resulta en consecuencias más estrictas que la segunda.[52]

[50] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 974/1997, de 4 de julio, FJ 4º.
[51] *Ibid*., p. 13.
[52] *Id*.

Mientras la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, especialmente desde la STC 49/1999[53], ha relacionado la exclusión de la prueba ilícita con el derecho a un proceso con todas las garantías, parte de la doctrina ha formulado una crítica a esta postura. En particular, Asencio Mellado sostiene que la prueba ilícita no se fundamenta ni en la presunción de inocencia ni en el artículo 24 CE, pues estas garantías operan en la fase de valoración de la prueba. La ilicitud nace antes, en la fase de obtención, y procede exclusivamente de la vulneración de un derecho fundamental sustantivo. [54]

En consecuencia, nos encontramos ante dos posturas distintas: la jurisprudencia utiliza el artículo 24 CE como parámetro de control en la fase de valoración, mientras que la doctrina mayoritaria considera que el fundamento dogmático se encuentra en la lesión material del derecho fundamental vulnerado.

[53] Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 49/1999, de 5 de abril, FJ 12º.
[54] ASENCIO MELLADO, *op. cit.,* p. 3.

3. DIFERENCIA ENTRE PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA IRREGULAR.

En primer lugar, siguiendo a Ángel de Álvaro Montero, una cosa es la ilicitud que determina que lo obtenido con vulneración de derechos fundamentales "no exista a los efectos del procedimiento y no produzca efectos", y otra bien distinta son las actuaciones procesales realizadas antes de que una prueba sea declarada ilícita. En este segundo supuesto no estamos ante ilicitud probatoria, sino ante actuaciones nulas, cuyo régimen jurídico y consecuencias son diferentes.[55]

Para aportar una prueba válida es necesario, además de respetar las exigencias constitucionales tal y como establece el artículo 11 LOPJ, cumplir con los requisitos procesales propios del medio probatorio. No obstante, esta afirmación puede inducir a confusión entre dos categorías probatorias distintas. Por un lado, la prueba ilícita, cuya exclusión se fundamenta exclusivamente en la vulneración de derechos fundamentales o exigencias constitucionales y, por otro, las irregularidades procesales, que únicamente afectan a la validez formal del acto. Ello implica que cada categoría deba analizarse desde una perspectiva distinta y que sus efectos jurídicos sean también diferenciados. [56]

Cuando se constata la vulneración de un derecho fundamental, la exclusión de la prueba se produce de forma automática. En cambio, cuando se trata de incumplimientos de normas o garantías procesales, los efectos dependerán de la entidad y trascendencia de la irregularidad. No toda infracción formal determina la nulidad de la prueba, pues las irregularidades deben valorarse de acuerdo con el criterio de proporcionalidad y finalidad, evitando que aspectos meramente formales se conviertan en obstáculos para la continuidad del proceso.[57]

Otra diferencia relevante se encuentra en el alcance de cada categoría. En el caso de la prueba ilícita, como se ha expuesto anteriormente, puede impregnar también de su ilicitud a pruebas posteriores que sean consecuencia directa o indirecta de la primera —eficacia refleja o prueba derivada—. Por el contrario, en las meras irregularidades

[55] DE ÁLVARO MONTERO, Á., "Los hechos en el proceso civil y sus límites", Estudios, Editorial Aranzadi, 1ª ed., 2022, p. 10.
[56] LÓPEZ-BARAJAS PEREA, *op. cit.,* pp 4-5.
[57] *Id*.

procesales, la irregularidad solo afecta a la prueba viciada y no se proyecta sobre otras actuaciones.[58]

Asimismo, mientras que en el ámbito de las pruebas ilícitas no se produce la nulidad del procedimiento, sino exclusivamente una prohibición de valoración, la situación es diferente en el caso de las irregularidades formales o vulneraciones procesales. En este último supuesto, la consecuencia es la nulidad de actuaciones y la retroacción del procedimiento para que la diligencia pueda ser practicada con las garantías exigidas. De ahí que se trate de categorías distintas: en la prueba inconstitucional se excluye el resultado probatorio y, si no existen otras pruebas incriminatorias, puede incluso dar lugar a la absolución del acusado; en cambio, en la irregularidad procesal se corrige el defecto sin afectar necesariamente al sentido del fallo.[59]

En esta misma línea, Asencio Mellado remarca la necesidad de distinguir entre fuente de prueba y medio de prueba: la fuente es el origen del cual se obtiene la información, mientras que el medio es el instrumento procesal a través del cual dicha información se incorpora y se practica en el proceso. El autor insiste en que no puede convalidarse una fuente ilícita mediante un procedimiento probatorio formalmente correcto: fuente y medio son dependientes, y la ilicitud en la obtención determina la ilicitud de todo aquello que se derive de ella.[60] Esta distinción refuerza nuevamente la idea de que la prueba ilícita es una categoría constitucional autónoma, diferente de las irregularidades procesales y con un régimen jurídico propio.

[58] *Ibid.,* pp. 5-6.
[59] *Ibid.,* pp. 6 y 13.
[60] ASENCIO MELLADO, *op. cit*., p. 3.

4. MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA ALEGAR LA ILICITUD Y SUS EFECTOS.

Partiendo de concepción de la prueba ilícita como material completamente ineficaz, la determinación del momento procesal oportuno requiere especial atención. Si se sostiene que la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no puede producir efecto alguno en el proceso, ni directo ni indirecto, será necesario que su ilicitud se declare en cuanto la vulneración sea conocida. Posponer esta decisión a un momento posterior, como el de la práctica o valoración de la prueba, no solo desvirtúa el alcance de la prohibición establecida en el artículo 11.1 LOPJ, sino que además puede favorecer la aparición de pruebas derivadas[61]. Por tanto, si esto se quiere evitar a toda costa, mantener la prueba en el proceso carece de sentido.

En esta línea, Asencio Mellado subraya que la prueba ilícita no constituye una mera prohibición de valoración por parte del órgano enjuiciador, sino una verdadera prohibición de uso. De ahí que no deba permanecer en el proceso a la espera de una exclusión posterior, pues mantenerla en el proceso puede condicionar el desarrollo de la investigación y del juicio. A diferencia de la nulidad procesal, la ilicitud probatoria no es subsanable ni convalidable, lo que refuerza la necesidad de su expulsión inmediata del procedimiento. Mantener la prueba ilícita en el proceso, aun provisionalmente, supone otorgarle unos efectos de menor gravedad e intensidad que los derivados de una nulidad procesal, pues esta si puede ser declarada de oficio en cualquier momento[62].

El autor afirma que "la prueba ilícita debe ser excluida en la fase de investigación si la vulneración ya es conocida; que, en su defecto, no debe ser admitida como prueba; que, si es admitida, no debe ser valorada; y que, si llega a ser valorada, no puede servir en ningún caso de fundamento para una condena". Esta interpretación encuentra respaldo directo en el artículo 11.1 LOPJ, que dispone que las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales "no surtirán efecto", expresión de la que se deduce la exclusión absoluta de cualquier efecto procesal. Precisamente para evitar la producción de efectos, la ilicitud debe ser declarada tan pronto como sea conocida, pues mantener la

[61] *Ibid*., p. 4.
[62] *Id*.

prueba en el procedimiento en espera de un momento posterior supone ignorar el mandato legal.[63]

Asimismo, Asencio Mellado defiende que, constatada la vulneración del derecho fundamental, la ilicitud debe declararse automáticamente, sin necesidad de evaluar si dicha lesión ha causado un perjuicio concreto a las partes o a terceros. La exclusión de la prueba ilícita no queda condicionada a una alegación de parte ni a un juicio de proporcionalidad, sino que debe ser apreciada de oficio por el órgano judicial.[64] Esta concepción ha sido asumida también por el Ministerio Fiscal, que en la Circular 1/1999, de 19 de diciembre, encomienda expresamente al fiscal del caso realizar las actuaciones sean necesarias para que el órgano judicial declare la ilicitud probatoria, insistiendo además en que dicha declaración se produzca lo antes posible[65].

Pese a ello, en la práctica judicial hay ocasiones en las que la ilicitud probatoria no se excluye en fases tempranas del procedimiento, retrasándose a momentos posteriores, a través de artículos de previo pronunciamiento, en la audiencia previa del procedimiento abreviado o incluso en la sentencia. No obstante, estas resoluciones no se pronuncian acerca de si la exclusión debió haberse acordado con anterioridad, ni establecen que la sentencia sea el instrumento procesal idóneo para valorar la licitud de la prueba. Realmente, estas soluciones parecen responder a situaciones excepcionales derivadas de la falta de exclusión previa, sin que ello suponga una modificación de la regla general de exclusión inmediata.[66]

En este sentido, Asencio Mellado rechaza expresamente la concepción por la que se posterga el pronunciamiento sobre la ilicitud probatoria al momento de la sentencia, permitiendo al tribunal valorar el resto del material probatorio una vez "descontada" la prueba ilícita. Tal planteamiento resulta incompatible con la doctrina constitucional, que considera a la prueba ilícita como jurídicamente inexistente a efectos procesales. La licitud de la prueba debe analizarse con anterioridad a entrar a valorar el material probatorio en su conjunto: solo una vez eliminado el contenido de las pruebas obtenidas

[63] *Ibid.,* p. 3.
[64] *Ibid*., p. 4.
[65] *Ibid*., p. 6, con referencia a la Circular 1/1999, de 29 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado.
[66] *Id.*

con vulneración de derechos fundamentales puede el órgano jurisdiccional entrar a valorar si las restantes pruebas son suficientes para fundar una condena o, en su caso, una absolución.

Desde esta perspectiva, la exclusión de la prueba ilícita debe producirse, como regla general, antes de la formulación de la acusación y, en todo caso, con anterioridad a la apertura del juicio oral. Esta exigencia no responde a meras exigencias formales, sino a razones sustantivas: una acusación fundamentada, aun parcialmente, en pruebas ilícitas se encuentra viciada en su origen, al basarse en elementos probatorios que no pueden servir de fundamento para una condena.[67]

La exclusión temprana de la prueba ilícita cumple, además, una función de garantía del derecho de defensa. Si la exclusión probatoria se retrasa hasta el juicio oral o hasta la sentencia, la defensa se ve obligada a construir su estrategia de defensa frente a pruebas que nunca debieron incorporarse al procedimiento. Esto debe ser inadmisible pues la defensa no puede quedar sometida a la carga de combatir una prueba ilícita para, al final del procedimiento, obtener su expulsión formal.[68]

Esta concepción se vuelve especialmente relevante en el procedimiento abreviado, donde la fase intermedia constituye el momento procesal idóneo para la depuración de la ilicitud probatoria. En dicha fase se produce la proposición de prueba y se decide sobre la apertura del juicio oral, por lo que la exclusión de las pruebas ilícitas debe realizarse antes de adoptar esta decisión. La jurisprudencia constitucional ha insistido en que, cuando se aprecia la existencia de una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, la retroacción de las actuaciones debe producirse al momento inmediatamente anterior a su incorporación al proceso, lo que en el procedimiento abreviado coincide con esta fase intermedia.[69]

La posición de Asencio Mellado encuentra apoyo en una amplia línea jurisprudencial. El Auto del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2010 afirma que la apertura del juicio oral solo debe acordarse cuando existen elementos probatorios suficientes para sustentar una condena razonable, lo que exige que las dudas sobre la

[67] *Id.*
[68] *Id.*
[69] *Id.*

licitud de las pruebas se hayan resuelto antes. En el mismo sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2010, dictado en el marco del denominado caso Gürtel, declara la nulidad de determinadas intervenciones telefónicas acordadas en fase de instrucción, aunque fueron autorizadas judicialmente, evidenciando que la incorporación de una prueba mediante resolución judicial no la blinda frente a un control de licitud posterior.[70]

La Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 79/2012, de 9 de febrero, refuerza esta idea al subrayar que la fuerza incriminatoria de una prueba no puede confundirse con su licitud constitucional. La existencia de una evidencia manifiesta de criminalidad no convierte en válida una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales ni justifica su mantenimiento en el proceso a la espera de un pronunciamiento en sentencia.[71].

La jurisprudencia ha admitido en determinados supuestos la posibilidad de denunciar la ilicitud probatoria como cuestión previa del juicio oral o incluso de reservar su examen para la sentencia. Sin embargo, como advierte Asencio Mellado, estas soluciones tienen un carácter estrictamente excepcional y responden a situaciones muy concretas en las que la ilicitud no fue apreciada en su momento oportuno por lo que no pueden suponer una modificación de la regla general.[72]

En definitiva, la posición de Asencio Mellado sostiene que la prueba ilícita debe ser excluida del proceso tan pronto como sea conocida la lesión del derecho fundamental afectado, preferentemente en fase de instrucción y, en todo caso, antes de la apertura del juicio oral[73]. La exclusión en fases posteriores constituye una solución subsidiaria y excepcional que no altera el principio general de depuración temprana del material probatorio, imprescindible para garantizar la regularidad del procedimiento penal y la efectividad real de los derechos fundamentales[74].

[70] *Ibid*., p. 7.
[71] *Id*.
[72] *Ibid*., p. 6.
[73] *Ibid*., p. 4.
[74] *Ibid*., p. 6.

CAPÍTULO IV. DERECHO COMPARADO: MODELOS DE EXCLUSIÓN PROBATORIA.

El presente capítulo tiene por objeto analizar los dos principales modelos sobre prueba ilícita que han tenido influencia relevante en la configuración del sistema español sobre este aspecto: el modelo estadounidense de la *exclusionary rule* y el modelo alemán de las prohibiciones probatorias.

Este análisis de derecho comparado resulta esencial para comprender el origen y evolución del sistema español de exclusión probatoria.

1. MODELO ESTADOUNIDENSE DE EXCLUSIÓN PROBATORIA.

1.1. Origen de la *exclusionary rule: Weeks v. United States.*[75]

La Sentencia *Weeks v. United States* constituye el origen de la regla de exclusión probatoria en el Derecho estadounidense. En ella, el Tribunal Supremo declara que las pruebas obtenidas por autoridades federales mediante registros y aprehensiones realizados sin orden judicial y en vulneración de la Cuarta Enmienda no pueden ser utilizadas como prueba en el proceso penal.

El Tribunal afirma que la Cuarta Enmienda no tendría eficacia real si los tribunales permitieran la valoración de pruebas obtenidas mediante su vulneración pues implicaría vaciar de contenido la garantía constitucional.

Asimismo, la sentencia subraya que los tribunales no pueden legitimar ni amparar actuaciones ilícitas de los poderes públicos, aun cuando su finalidad sea el esclarecimiento de hechos delictivos. La incriminación no puede alcanzarse mediante la vulneración de derechos fundamentales ya que la Cuarta enmienda protege y ampara a todos por igual, incluso a posibles delincuentes.

En el caso concreto, los agentes federales accedieron al domicilio del acusado sin orden judicial e incautaron cartas privadas, que posteriormente fueron utilizadas como

[75] *Weeks v. United States,* 232 U.S. 383 (1914)

prueba en el juicio. El acusado solicitó la devolución de dichos documentos antes del juicio. El Tribunal Supremo consideró que, en tales circunstancias, el órgano judicial debía ordenar la devolución de los documentos y excluirlos del proceso, y que su utilización como prueba constituía una vulneración constitucional que obligaba a revocar la condena.

De este modo, *Weeks v. United States* establece que la vulneración de la Cuarta Enmienda no es sanada únicamente mediante el reconocimiento en abstracto del derecho, sino que exige una consecuencia procesal concreta: la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida.

1.2. Consolidación de la *exclusionary rule: Mapp v. Ohio*[76].

Esta sentencia supone una evolución en el modelo de exclusión probatoria estadounidense. Hasta ese momento, conforme a la doctrina establecida en *Wolf v. Colorado* (1949)[77], aunque el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio se consideraba exigible frente a los Estados a través de la Decimocuarta Enmienda, estos no estaban obligados a excluir las pruebas obtenidas ilícitamente -lo que si ocurría en el ámbito federal-. *Mapp* corrige esta doctrina, afirmando que el reconocimiento del derecho fundamental carecería de efectividad real si no conlleva la exclusión probatoria.

El Tribunal sostiene que la regla de exclusión no es una mera técnica probatoria, sino un elemento esencial para garantizar el respeto a la Cuarta Enmienda. Permitir que los tribunales estatales utilicen pruebas obtenidas mediante registros inconstitucionales supondría vaciar de contenido la garantía constitucional y legitimar prácticas policiales inconstitucionales.

En consecuencia, el Tribunal Supremo declara que toda prueba obtenida mediante registros y aprehensiones contrarias a la Constitución es inadmisible tanto en los procesos federales como en los estatales (*Due Process Clause*), imponiendo así la obligación de excluir la prueba ilícita a los Estados y superando la doctrina de *Wolf v. Colorado*.

[76] *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)
[77] *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949)

1.3. La doctrina del *fruit of the poisonous tree: Silverthorne Lumber Co. v. United States*[78].

Esta resolución consolida la doctrina estadounidense de la *exclusionary rule* y, además, introduce por primera vez lo que llamarán doctrina del *fruit of the poisonous tree* (como se ha analizado en el capítulo anterior esta doctrina fue posteriormente acogida, aunque con matices, por la jurisprudencia española). Si *Weeks v. United States* había establecido la prohibición de utilizar directamente en el proceso penal las pruebas obtenidas mediante registros y aprehensiones inconstitucionales, esta sentencia amplía el alcance de dicha exclusión para impedir que el Estado pueda beneficiarse indirectamente mediante otras pruebas de la infracción constitucional.

El Tribunal Supremo rechaza la teoría basada en que la Cuarta Enmienda se limita a proteger la posesión material de los documentos obtenidos ilegalmente, permitiendo, no obstante, el aprovechamiento del conocimiento adquirido a través de esa actuación ilícita. Sostiene el alto tribunal que tal planteamiento vaciaría de contenido la garantía constitucional, pues bastaría con devolver los documentos para legitimar después su obtención por vías aparentemente legales.

Por ello, la sentencia afirma que, si una norma constitucional prohíbe la obtención de pruebas mediante su vulneración, no se trata únicamente de excluir la prueba directamente obtenida, sino de impedir cualquier uso de los resultados derivados de la vulneración. De este modo, se consagra la idea de que no solo la prueba ilícita, sino también las pruebas derivadas de ella quedan afectadas por la exclusión, salvo que se acredite la existencia de una fuente independiente y legítima.

1.4. La *good faith exception: United States v. Leon* (1984)[79]

Con esta sentencia se introduce en la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense la denominada *good faith exception* a la regla de exclusión probatoria.

[78] *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).
[79] *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984)

El supuesto de hecho describe un registro realizado por agentes policiales en ejecución de una orden judicial, que posteriormente fue declarada inválida. Pese a ello, el Tribunal Supremo consideró que la prueba obtenida podía ser admitida, al haberse basado la actuación policial en una confianza objetiva y razonable de la validez de la orden emitida por un juez.

El Tribunal sostiene que la regla de exclusión no es un derecho constitucional autónomo, sino que se trata una figura judicial creada para disuadir conductas policiales contrarias a la Cuarta Enmienda (*deterrent effect).* En consecuencia, cuando los agentes actúan de buena fe y dentro de los límites previstos, la exclusión de la prueba no cumple una finalidad disuasoria, pues no existe una actuación policial arbitraria o dolosa o que deba ser sancionada. En este sentido, la sentencia declara que la regla de exclusión no resulta aplicable cuando los agentes han actuado confiando razonablemente en una orden judicial posteriormente declarada inválida, salvo que concurran circunstancias que mala fe o abuso.

De esta forma, *United States v. Leon* modula el modelo de exclusión probatoria, al permitir la admisión de pruebas obtenidas de forma inconstitucional cuando la vulneración no es imputable a una conducta policial reprochable. La exclusión probatoria queda así limitada a su finalidad disuasoria, evidenciando el carácter flexible y no absoluto del sistema estadounidense.

2. MODELO ALEMÁN.

A diferencia del modelo estadounidense, el Derecho alemán no ha desarrollado una regla general de exclusión probatoria ni una doctrina equivalente a la *exclusionary rule*. En ausencia de una regulación legal expresa en la *Strafprozessordnung* (StPO), el tratamiento de la prueba ilícita ha sido configurado principalmente por la doctrina y por la jurisprudencia constitucional a través del sistema de las prohibiciones probatorias (*Beweisverbote*: prohibición de obtención de la prueba y prohibición de valoración de la prueba:) siendo su objetivo fundamental la protección de los derechos fundamentales

frente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. [80]Por ello, se sostiene que el modelo alemán es de corte iusfundamental.

Esto surge como una reacción frente a los modelos penales inquisitivos, en los que el descubrimiento de la verdad material justificaba la utilización de cualquier medio probatorio, con independencia de su forma de obtención. Bajo esta concepción, basada en una interpretación muy extensiva del principio de libre valoración de la prueba, se admitía la utilización de pruebas obtenidas incluso con vulneración de derechos fundamentales. Frente a ello, la doctrina alemana rechaza esta concepción de la prueba, señalando que la libertad de valoración judicial no equivale a libertad para utilizar cualquier prueba y que, en un Estado de Derecho, la persecución eficaz del delito encuentra un límite claro en la garantía de los derechos individuales[81]

En esta misma línea, la doctrina alemana ha desarrollado criterios para determinar cuándo una irregularidad en la obtención de la prueba debe impedir su valoración en el proceso penal. En este sentido, se encuentra la llamada teoría del entorno jurídico, elaborada por el Tribunal Supremo Federal alemán. De acuerdo con dicha teoría, la exclusión de la prueba dependerá de si la infracción incide de manera relevante en los derechos fundamentales del afectado o si, por el contrario, se trata de una irregularidad de menor importancia. Este planteamiento ha sido criticado por un sector doctrinal, al considerar que la distinción entre infracciones graves y leves no siempre es clara, lo que dificulta su aplicación práctica y puede dar lugar a soluciones controvertidas[82].

Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha elaborado la denominada teoría de los tres círculos o esferas de protección, basada en los derechos de la personalidad y en la dignidad humana, recogidos en la Ley Fundamental. Conforme a esta doctrina, se distingue entre una esfera íntima, que queda totalmente protegida frente a cualquier intervención estatal; una esfera privada intermedia, en la que las intervenciones del Estado solo son admisibles si superan un test de ponderación conforme al principio de proporcionalidad -la ponderación se analizará de acuerdo con la gravedad

[80] MIRANDA ESTRAMPES, M., "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones", Revista Catalana de Seguretat Pública, mayo 2010, p. 133.
[81] *Id.*
[82] *Ibid.,* p. 135.

del delito que está siendo investigado-; y una esfera social, en la que la intervención pública no incide realmente en los derechos fundamentales[83]. No obstante, esta división en esferas también plantea dificultades en la práctica, especialmente a la hora de determinar qué ámbitos pertenecen al núcleo más protegido de la intimidad y cuáles se sitúan en un área de menor protección[84].

En conjunto, el modelo alemán se caracteriza por un tratamiento flexible y casuístico de la prueba ilícita, basado en el análisis del alcance de la lesión del derecho fundamental afectado y en la ponderación de los intereses en conflicto. No toda obtención ilícita supone automáticamente la exclusión y, por tanto, el sistema alemán no se caracteriza por una regla general de exclusión probatoria.

3. COMPARACIÓN CON EL MODELO ESPAÑOL.

El modelo estadounidense de la *exclusionary rule* se trata de una figura de creación jurisprudencial destinada a disuadir conductas policiales contrarias a la Cuarta Enmienda (*deterrent effect*). Así, la exclusión de la prueba no se concibe como un derecho constitucional autónomo del acusado, sino un instrumento de política judicial orientado a prevenir futuras vulneraciones. Esta configuración como regla general explica la admisión futura de excepciones, como la *good faith exception* formulada en *United States v. Leon*, que permite la utilización de pruebas obtenidas de forma objetivamente inconstitucional cuando no concurre una actuación policial dolosa o gravemente negligente.

Por el contrario, el modelo alemán no ha configurado una regla general de exclusión probatoria ni una doctrina equivalente a la *exclusionary rule*. El tratamiento de la prueba ilícita se construye a partir de la protección material de los derechos fundamentales y de la dignidad de la persona, mediante el sistema de las prohibiciones probatorias (*Beweisverbote*). En este contexto, la exclusión de la prueba no se fundamenta en un objetivo disuasorio, sino en el conflicto entre la utilización procesal de la prueba y la protección material de los derechos fundamentales. La teoría del entorno jurídico y, especialmente, la doctrina de los tres círculos o esferas del Tribunal Constitucional

[83] *Ibid.,* pp. 135-136.
[84] *Ibid.,* p. 136.

Federal alemán encarnen este enfoque, basado en la intensidad de la afectación del derecho y en la ponderación conforme al principio de proporcionalidad.

El modelo español, tal como fue configurado originariamente por la STC 114/1984 y posteriormente recogido en el artículo 11.1 de la LOPJ, se inspira en este segundo modelo. La exclusión de la prueba ilícita se concibió como una garantía procesal de naturaleza constitucional, vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la igualdad de partes (art. 14 CE), y fundamentada en el carácter preferente e inviolable de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que suele pensarse, la principal inspiración de esta doctrina no fue la teoría estadounidense de los frutos del árbol envenenado, sino la concepción alemana de la protección gradual de los derechos de la personalidad.[85]

No obstante, nuestro Tribunal Constitucional, en concreto en la STC 114/1984, se apartó parcialmente del modelo alemán al no acoger un sistema de graduación en esferas de protección. En este caso, se configuró inicialmente un modelo español más rígido, en la que la exclusión era casi automática una vez constatada la vulneración constitucional. Esta concepción fue posteriormente recogida por el legislador en el artículo 11.1 LOPJ[86]. Tal y como recoge Miranda Estrampes, en torno a los años 90, en sentencias como STC 49/1999, el tribunal español se fue apartando paulatinamente de la rígida regla de exclusión automática de aquellas pruebas que se habían obtenido con vulneración de derechos fundamentales[87]. Para ello, acogió, aunque no con carácter absoluto, la concepción norteamericana de exclusión probatoria como efecto disuasorio.

Así las cosas, puede afirmarse que el modelo español se sitúa actualmente en una posición intermedia: basado formalmente en una fundamentación constitucional de influencia alemana, pero materialmente influido por la finalidad disuasoria propia del sistema estadounidense.

[85] *Id.*
[86] MUÑOZ ARANGUREN, A., "El tratamiento de la prueba ilícita por la reciente jurisprudencia de la Sala Segunda del TS: algunas tendencias", Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, nº 77, Primer trimestre 2025, p. 6.
[87] MIRANDA ESTRAMPES, *op. cit.*, p. 137.

CAPÍTULO V. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS GRABACIONES PRIVADAS EN CASOS DE CORRUPCIÓN POLÍTICA.

A lo largo de este capítulo se va a analizar la jurisprudencia más relevante en materia de admisión y valoración de grabaciones privadas en el proceso penal, a partir de una serie de casos paradigmáticos de corrupción política en los que este material probatorio ha desempeñado un papel decisivo en la investigación.

El caso Gürtel constituye el eje central del análisis, en el que el Tribunal Supremo revisa y aplica con claridad los criterios jurisprudenciales que rigen la utilización de grabaciones realizadas por particulares. Junto a este, se examinan de forma complementaria otros casos de corrupción política, como el caso Brugal y, más recientemente, el caso Koldo, en los que las grabaciones privadas vuelven a tener un papel fundamental en la investigación.

1. CASO GÜRTEL. [88]

En el presente caso una de las partes alega que se admitió una grabación que, aunque fue realizada por un particular, lo hizo con el consentimiento de la policía con el único fin de constituir una prueba para el proceso. Antes de entrar a analizar la veracidad de las declaraciones de la parte recurrente, el tribunal recurre a la STS 311/2018, de 27 de junio para advertir de la obligación de los tribunales de declarar la nulidad probatoria de aquellas piezas en las que el estado se enmascara a través de un particular para sobrepasar los límites del *ius puniendi*.

Respecto de las grabaciones objeto de recurso y con fundamento en la doctrina constitucional y del TEDH la sala concluye lo siguiente:

1º*)* En ningún caso vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones aportar como material probatorio las conversaciones grabadas por uno de los interlocutores.

2º*)* Estas grabaciones tampoco vulneran el derecho a la intimidad recogido en el artículo 18 CE, exceptuando aquellos casos en los que el contenido incida de manera notable en el núcleo de la intimidad personal o familiar de alguno de los interlocutores

[88] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) núm. 507/2020, de 14 de octubre.

3º) Si las grabaciones hubieran sido obtenidas desde una posición de superioridad institucional, como ocurre con agentes de la autoridad, y con la finalidad de obtener una confesión extraprocesal mediante engaño —salvo en los casos de intervenciones autorizadas judicialmente—, se produciría una vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, lo que daría lugar a un supuesto de nulidad probatoria.

4º) Por el contrario, cuando las grabaciones se realizan en el ámbito estrictamente particular, no se aprecia vulneración del derecho a no autoincriminarse.

5º) Pueden llegar a constituir una vulneración al derecho a un proceso con todas las garantías aquellas grabaciones que hayan sido obtenidas mediante engaño o argucias, con el único fin de obtener pruebas incriminatorias. En esos casos, habrá que analizar y ponderar las circunstancias para concluir sobre la potencial vulneración.

6º) Señala el tribunal que, en aquellas circunstancias, en las que de la grabación se pueda extraer una confesión del investigado, el órgano juzgador no la va a considerar como tal. De este modo, se considerará como ratificación del testimonio del resto de intervinientes, que tendrán el valor de testigos de referencia respecto de dicha manifestación.

No obstante, considera el tribunal que se debe distinguir entre aportar una grabación que corrobora la existencia de los hechos que se pretenden demostrar de aquellas grabaciones donde el hecho delictivo ya se ha consumado y en las que, posteriormente, el investigado reconoce su autoría. En el primer caso, no habría ningún impedimento en la admisión como prueba si se cumplen los requisitos legalmente previstos. En el segundo supuesto, habría que analizar su posible colisión con el derecho a no confesarse culpable y, además, no podría ser utilizada como única prueba incriminatoria si no existen otras fuentes que lo apoyen.

Finalmente, se consideró probado que dichas grabaciones no se realizaron con la única finalidad de obtener pruebas y tampoco que la policía hubiese ordenado su grabación. Las reuniones de los particulares fueron libres y espontáneas y la decisión de uno de ellos de grabar las conversaciones no fue impulsada por la policía. En este sentido, merece ser destacado el siguiente razonamiento del tribunal, por la claridad con la que delimita el alcance de la regla de exclusión en nuestro sistema: “la Sala entiende que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar

pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad (…) del art. 11 de la LOPJ y, sobre todo, en atención a la idea de que en su origen histórico y en sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión solo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito*".*

También solicitaba la defensa, con base en unas escuchas declaradas ilícitas entre los acusados y sus abogados en prisión, la nulidad de todo lo actuado por contaminación de la ilicitud ya declarada. El tribunal rechaza esta petición al señalar que la declaración de ilicitud de una prueba no conlleva automáticamente la extensión de dicha ilicitud al resto de pruebas practicadas (como se ha señalado en el capítulo anterior, España no aplica una regla de exclusión automática). Únicamente afectaría a aquellas que provengan directamente de ella. Es aquí, donde el tribunal aplica la doctrina de la conexión de antijuridicidad o doctrina de los frutos del árbol envenenado, de influencia norteamericana, ya analizada en capítulos anteriores del presente trabajo:

1) Debe constatarse la vulneración de un derecho fundamental en la obtención del medio probatorio, más allá de una irregularidad procesal. En este caso, las escuchas eran ilícitas.

2) Para que se declare la exclusión de otras pruebas estas deben haber sido obtenidas necesariamente a partir de la primera prueba declarada ilícita (conexión causal). Si el conjunto de pruebas proviene de una fuente independiente, no existe dicha conexión. Esta conexión no se cumple en Gürtel pues el tribunal sostiene que las restantes pruebas se obtuvieron a partir de los registros anteriores, de las grabaciones privadas aportadas por uno de los interlocutores etcétera.

3) Por último, además de la conexión causal, debe existir conexión de antijuridicidad entre la prueba declarada ilícita y aquellas respecto de las que se solicita la declaración de ilicitud. Esto es, las pruebas posteriores deben tener causa directa en la primera y la exclusión de las mismas debe ser necesaria para la protección del derecho fundamental vulnerado.

En síntesis, el alto tribunal delimita la diferencia, en materia de grabaciones privadas, entre licitud constitucional y fuerza probatoria. Además, continúa en la línea

jurisprudencial propia del sistema español al rechazar la exclusión automática como regla general.

2. CASO BRUGAL.[89]

En el denominado caso Brugal la defensa solicitó la nulidad radical de unas grabaciones privadas que habían dado lugar al inicio del procedimiento, alegando su carácter subrepticio, la ausencia de interés legítimo del particular que las realizó y la falta de garantías de autenticidad por no aportar las cintas originales.

La Sala rechaza dicha pretensión y, en línea con la doctrina sentada en Gürtel, recuerda que la jurisprudencia admite la validez de las grabaciones de conversaciones privadas realizadas por uno de los interlocutores, siempre que no se produzca vulneración de derechos fundamentales.

Además, el Tribunal señala que la intención que seguía el particular al realizar la grabación no debilita por sí misma su eficacia probatoria, podría incidir en su fuerza probatoria pero no constituye una causa de ilicitud. En ausencia de intervención estatal encubierta o de afectación de derechos fundamentales, dichas grabaciones pueden ser valoradas como medio de prueba.

Por lo tanto, el caso Brugal no introduce una doctrina novedosa, sino que refuerza la ya establecida en Gürtel, confirmando la admisibilidad de las grabaciones privadas obtenidas por particulares cuando se mantienen al margen de cualquier actuación estatal ilícita.

3. CASO KOLDO.

Finalmente, el conocido como caso Koldo*,* aún en fase de instrucción, versa también sobre las grabaciones privadas como medio de prueba en un supuesto caso de corrupción política.

[89] Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 7ª) núm. 356/2024, de 10 de octubre.

La controversia fundamental actual que existe en este caso se centra en la autenticidad de las grabaciones, siendo objeto de constantes impugnaciones por las defensas de las partes alegando manipulaciones en las cintas. Por ello, el juez instructor encargó a la Guardia Civil la realización de un informe pericial que terminó por descartar indicios de manipulación o alteración de los audios, lo que ha permitido su incorporación provisional al procedimiento como prueba con valor indiciario, sin perjuicio de la valoración definitiva que pueda efectuarse en sede judicial respecto de su incidencia en los derechos fundamentales.

Este caso resulta muy ilustrativo al evidenciar uno de los retos actuales derivado de la irrupción de la inteligencia artificial, especialmente en relación con su creciente uso para la manipulación de grabaciones. Probablemente esta cuestión requiera de la incorporación de nuevos medios técnicos en sede judicial, tanto en la fase de instrucción como de la práctica de la prueba, para asegurar los requisitos de autenticidad e integridad en un complejo contexto digital.

CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES.

1. CONCLUSIONES DERIVADAS DEL ANÁLISIS NORMATIVO, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL.

Del análisis realizado se desprende que el sistema español ha modelado un régimen sólido sobre las grabaciones privadas como medio de prueba. Dicho sistema se fundamenta en una base clara: la grabación de una conversación por uno de sus interlocutores no vulnera, en principio, el secreto de las comunicaciones, desplazando el juicio de licitud hacia el ámbito del derecho a la intimidad y a la ponderación de las circunstancias concretas del caso.

En el ámbito constitucional no se ofrece una respuesta única e inmediata, sino que se requiere un análisis exhaustivo sobre los derechos en conflicto. El derecho a la prueba, como manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías, no es ilimitado y encuentra su principal límite en el respeto a los derechos fundamentales. Esta idea se recoge a través de la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ, que actúa como garantía del proceso penal.

La jurisprudencia constitucional ha desempeñado un papel esencial en la configuración del régimen, rechazando el carácter rígido de la prueba ilícita y optando por un modelo de ponderación de las circunstancias. En esta línea, la doctrina de la conexión de antijuridicidad permite modular los efectos de la exclusión probatoria, evitando tanto la admisión ilimitada de pruebas obtenidas con vulneración de derechos así como la exclusión automática e indiscriminada de todo el material probatorio relacionado.

Dentro de la doctrina, se insiste en la necesidad de distinguir los términos de prueba ilícita y prueba irregular, así como entre fuente y medio de prueba. Esta distinción no es meramente terminológica pues el régimen jurídico aplicable a cada categoría es significativamente diferente.

Además, resulta especialmente relevante la teoría que defiende la necesidad de una depuración inmediata de las pruebas ilícitas. Conforme a este planteamiento, deben

ser excluidas tan pronto como se conozca la lesión del derecho fundamental afectado, preferentemente en fase de instrucción y, en todo caso, antes de la apertura del juicio oral. La exclusión en fases posteriores debe concebirse únicamente como una vía subsidiaria y excepcional, que no puede desnaturalizar al principio general de depuración temprana. De lo contrario, se toleraría la permanencia en el procedimiento y podría favorecer la aparición de pruebas derivadas.

2. VALORACIÓN CRÍTICA: DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO A LA PRUEBA.

El sistema español pretende equilibrar dos exigencias en tensión: la protección efectiva del derecho a la intimidad y la necesidad de garantizar la eficacia del proceso penal mediante el derecho a la prueba. A diferencia de otros modelos más rígidos, el ordenamiento español rechaza soluciones automáticas y opta por una ponderación constitucional basada en el análisis circunstancial de los hechos: el contenido de la conversación, el contexto en el que se produce, la expectativa razonable de privacidad y la finalidad perseguida con la grabación.

Esta solución tiene grandes ventajas pues, al no basarse en una regla general, permite adaptarse a distintos contextos y circunstancias. Así, se garantiza que pruebas relevantes para el esclarecimiento de los hechos no sean automáticamente descartadas cuando no exista una vulneración grave de derechos fundamentales o cuando existan intereses legítimos relevantes, como el derecho a la tutela judicial efectiva. Este modelo favorece, por tanto, la eficacia del proceso penal y la consecución de la verdad material.

Sin embargo, al mismo tiempo puede generar incertidumbre al depender en exceso de la valoración judicial. Esta problemática se evidencia especialmente en el momento de valorar si se trata de una conversación espontánea o de una conversación provocada con finalidad incriminatoria, pues la distinción no es siempre clara y las consecuencias de calificar de una forma u otra son completamente diferentes por el tratamiento jurídico aplicable a cada una de ellas .

Además, con este enfoque flexible también existe el riesgo de que, en la práctica, la ponderación se incline excesivamente hacia la admisión de la prueba, debilitando la protección efectiva de derechos fundamentales. Asimismo, esta indeterminación puede

dar lugar a prácticas elusivas, en las que la obtención de pruebas se sitúe en zonas grises para evitar su exclusión.

En relación con el derecho a no autoincriminarse, la jurisprudencia ha limitado su alcance únicamente como garantía frente al Estado y no frente a particulares. No obstante, esta delimitación implica vigilar cuidadosamente aquellos supuestos en los que la actuación de particulares pueda encubrir una intervención indirecta de los poderes públicos. En tales casos, aunque formalmente la información haya sido obtenida por un particular, materialmente podría estarse produciendo una vulneración del derecho fundamental si este ha sido inducido a ello por los poderes públicos. Así, por ejemplo, podrían plantearse dudas cuando un individuo obtiene una grabación incriminatoria siguiendo instrucciones de la policía. En estos supuestos, la actuación privada dejaría de ser independiente para convertirse en una forma encubierta de investigación, lo que exigiría aplicar las garantías propias del derecho a no autoincriminarse y, en su caso, excluir la prueba obtenida.

En consecuencia, la clave no reside únicamente en la naturaleza pública o privada del sujeto que obtiene la información, sino en la existencia de una verdadera independencia en su actuación. Cuando esta independencia desaparece, el riesgo de vulneración de derechos fundamentales se intensifica, lo que exige un control más riguroso y circunstancial desde la perspectiva constitucional.

A partir de este análisis, se constata que el sistema español no se posiciona hacia ningún extremo: no antepone la prueba a la protección de la intimidad, pero tampoco prevé la exclusión probatoria como elemento de impunidad. En definitiva, se trata de un modelo adecuado para dar respuesta a la complejidad de los supuestos analizados, al permitir una valoración flexible y ajustada a las circunstancias del caso concreto. A pesar de ello, su correcta aplicación exige una especial cautela por parte de los órganos judiciales, así como una progresiva consolidación de criterios que reduzcan la indeterminación en supuestos más complejos.

3. NUEVOS DESAFÍOS: INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y AUTENTICIDAD DE LAS GRABACIONES.

El análisis realizado ha permitido identificar una nueva cuestión conflictiva en materia de grabaciones privadas, más allá del debate tradicional sobre licitud: autenticidad, integridad y fiabilidad del material probatorio. La irrupción de la inteligencia artificial y otras herramientas digitales que facilitan la manipulación del material suponen un reto clave para el procedimiento probatorio.

La posibilidad de manipulación de audios, la modificación de voces o la alteración de grabaciones obligan a replantear los estándares tradicionales de valoración de la prueba audiovisual. En este nuevo escenario, la licitud de la obtención resulta insuficiente si no se acompaña de otras garantías técnicas que permitan verificar la autenticidad del contenido, la inexistencia de manipulaciones y la protección de la cadena de custodia.

Esta problemática exigirá un refuerzo del papel de la prueba pericial, así como una mayor precisión en los protocolos de incorporación y análisis de grabaciones en el proceso penal. También puede llegar a resultar necesaria la incorporación de herramientas y equipos tecnológicos avanzados orientados a la detección de alteraciones digitales, capaces de identificar manipulaciones más allá de la capacidad de detección de los métodos tradicionales. Además, probablemente, habrá que adaptar las categorías jurídicas clásicas —prueba ilícita, prueba derivada, exclusión probatoria— a un entorno tecnológico en el que la frontera entre lo auténtico y lo manipulado resulta cada vez más difusa y, además, más difícil de detectar.

En definitiva, el futuro del debate no se limitará únicamente a determinar si una grabación es constitucionalmente lícita, sino a garantizar que el material probatorio utilizado en el proceso penal sea técnicamente fiable y compatible con los estándares de un proceso justo en un entorno tecnológico.

7. BIBLIOGRAFÍA.

Legislación.

Constitución Española de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985).

Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (BOE núm. 160, de 17 de septiembre de 1882).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000).

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (DOUE L 119, de 4 de mayo de 2016).

Jurisprudencia.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 73/1982, de 2 de diciembre [versión electrónica – Tribunal Constitucional]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, núm. 110/1984, de 26 de noviembre [versión electrónica – Tribunal Constitucional]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, núm. 114/1984, de 29 de noviembre [versión electrónica – Tribunal Constitucional]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, núm. 85/1994, de 14 de marzo [versión electrónica – Tribunal Constitucional]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, núm. 143/1994, de 9 de mayo [versión electrónica – Tribunal Constitucional]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, núm. 86/1995, de 6 de junio [versión electrónica – Tribunal Constitucional]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, núm. 197/1995, de 21 de diciembre [versión electrónica – Tribunal Constitucional]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, núm. 81/1998, de 2 de abril [versión electrónica – Tribunal Constitucional]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, núm. 49/1999, de 5 de abril [versión electrónica – Tribunal Constitucional]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, núm. 144/1999, de 22 de julio [versión electrónica – Tribunal Constitucional]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, núm. 184/2003, de 23 de octubre [versión electrónica – Tribunal Constitucional]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, núm. 170/2013, de 7 de octubre [versión electrónica – Tribunal Constitucional]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Auto del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 18 de junio de 1992 (Rec. 610/1990) [versión electrónica – CENDOJ]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, núm. 178/1996, de 1 de marzo [versión electrónica – CENDOJ]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, núm. 974/1997, de 4 de julio [versión electrónica – CENDOJ]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 17 de febrero de 1999 (Rec. 1532/1998) [versión electrónica – CENDOJ]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, núm. 2081/2001, de 9 de noviembre [versión electrónica – CENDOJ]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, núm. 684/2004, de 25 de mayo [versión electrónica – CENDOJ]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, núm. 1051/2009, de 28 de octubre [versión electrónica – CENDOJ]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, núm. 1066/2009, de 4 de noviembre [versión electrónica – CENDOJ]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, núm. 421/2014, de 16 de mayo [versión electrónica – CENDOJ]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, núm. 511/2015, de 21 de julio [versión electrónica – CENDOJ]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, núm. 652/2016, de 15 de julio [versión electrónica – CENDOJ]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, núm. 214/2018, de 8 de mayo [versión electrónica – CENDOJ]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, núm. 507/2020, de 14 de octubre [versión electrónica – CENDOJ]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7ª, núm. 356/2024, de 10 de octubre [versión electrónica – CENDOJ]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Klass y otros c. Alemania*, de 6 de septiembre de 1978 [versión electrónica – HUDOC]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979 [versión electrónica – HUDOC]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *(U.S. Supreme Court)*

Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914) [versión electrónica – *U.S. Supreme Court*]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920) [versión electrónica – *U.S. Supreme Court*].Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949) [versión electrónica – *U.S. Supreme Court*].Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961) [versión electrónica – *U.S. Supreme Court*]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984) [versión electrónica – *U.S. Supreme Court*]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Criterios de la Fiscalía General del Estado.

Circular 1/1999, de 29 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado [versión electrónica – Fiscalía General del Estado]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2026.

Obras doctrinales.

ASENCIO MELLADO, J. M., "La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales", *Diario La Ley*, núm. 8009, 2013, pp. 1-9.

DE ÁLVARO MONTERO, Á., *Los hechos en el proceso civil y sus límites*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2022.

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., "La prueba ilícitamente obtenida y su eficacia refleja", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 708, 2006, pp. 1-21.

MIRANDA ESTRAMPES, M., "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, pp. 131-151.

MUÑOZ ARANGUREN, A., "El tratamiento de la prueba ilícita por la reciente jurisprudencia de la Sala Segunda del TS: algunas tendencias", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 77, 2025, versión electrónica.