



Antonio del Moral García
Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

REFLEXIONES SOBRE PRUEBA ILÍCITA

REFLEXIONES SOBRE PRUEBA ILÍCITA⁴

Antonio del Moral García
Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

SUMARIO: 1.- ACOTACIÓN TEMÁTICA. 2.- UN EJEMPLO RECIENTE: LA STS 971/2022, DE 16 DE DICIEMBRE; 3.- EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA: FUNDAMENTO; 4.- LA PRUEBA ILÍCITA EXCULPATORIA; 5.- LA EXCEPCIÓN DE BUENA FE; 6.- PARTICULARES Y PRUEBA ILÍCITA; 7.- PRINCIPIO IN DUBIO Y PRUEBA ILÍCITA.

RESUMEN: La prohibición del uso de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales es doctrina de honda raigambre. Plasmada en nuestro ordenamiento en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, está en constante evolución jurisprudencial con zigzagueos continuos, vueltas y revueltas, idas y venidas. Estas líneas quieren dar cuenta de algunos pronunciamientos más recientes y, sobre todo, volcar algunas reflexiones sobre el fundamento de la institución. Esa pieza ha de ser la clave, muchas veces olvidada, para un desarrollo coherente y una aplicación práctica previsible y no desconcertante.

PALABRAS CLAVE: “prueba ilícita” “derechos fundamentales” “prueba prohibida”.

1. Acotación temática.

La doctrina de la prueba ilícita goza de gran tradición. En nuestro ordenamiento irrumpió con motivo de la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ). Su art. 11.1 enlazaba con un pronunciamiento del Tribunal Constitucional (TC) de pocos meses antes⁵ que le reconocía por primera vez relieve constitucional (*ex art. 24 CE*) que mantiene (STC 97/2019, de 16 de julio⁶). Casi cuarenta años después el texto normativo de referencia continúa constituido por las quince palabras que conforman el art. 11.1 LOPJ: “*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”. Alrededor de ellas ha de girar todo el debate sobre los contornos, límites, modulaciones, matices y efectos de la doctrina sobre

⁴ Muchas de las ideas vertidas en el texto beben y reproducen con las correspondientes actualizaciones pasajes de trabajos anteriores elaborados para los cursos de formación del Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia de España para la Carrera Fiscal (más en concreto a uno titulado *Tratamiento Procesal de la prueba ilícita*) o del Consejo General del Poder Judicial para el plan de formación continuada para la Carrera Judicial (*Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita*) publicados en las páginas webs de las citadas instituciones.

⁵ STC 111/1984, de 29 de noviembre que supuso un punto de inflexión en lo que hasta ese momento era una actitud de autismo absoluto frente a tal doctrina (AATC 173/1984, de 21 de marzo y 289/1984, de 16 de mayo).

⁶ Es la sentencia que analiza a nivel constitucional el caso *Falciani*. Contiene esta resolución una completa panorámica de la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre la prueba ilícita.

la prueba ilícita. Ha habido idas y venidas; choques y rectificaciones; contradicciones, y coincidencias; evolución y zigzagueos. En estas páginas sin afán alguno de exhaustividad volcaré algunas ideas sobre una atormentada evolución que no se ha detenido. El asunto *Falciani* es una de las últimas estaciones de ese largo viaje.

Esa será la guía esencial. Pero antes de aterrizar en esa temática conviene remontarse algo que constituye en definitiva lo esencial del mensaje que incorpora este trabajo: se me antoja imprescindible -y es tarea descuidada muchas veces- escudriñar dónde debemos ubicar en nuestro ordenamiento el fundamento de esa ilicitud probatoria. Es tema previo básico sin el cual no pueden resolverse de forma coherente los distintos problemas que aparecen al aplicar el art. 11.1 LOPJ. Creo, por lo demás, que es cuestión todavía no definida jurisprudencialmente. Aparecen sentencias que se adhieren a tesis opuestas; y, sobre todo, afloran aplicaciones concretas que parecen sustentarse en un entendimiento de la ilicitud probatoria; pero son seguidas por otras soluciones casuísticas que obedecen a otra concepción bien distinta. Nuestra jurisprudencia está necesitada de un posicionamiento claro en ese punto. Sin él seguiremos sujetos a zigzagueos que son fruto de esa ambigüedad en la fundamentación de la doctrina. La sentencia *Falciani* (STC 97/2019) en todo caso ha aclarado algún punto: singularmente la ligazón con el derecho a un proceso justo, sin la cual no se activa la prohibición de utilización.

La literatura sobre la prueba ilícita es copiosísima⁷. Sería baldío un empeño en ofrecer una panorámica completa. Utilizaré tan solo algún aparato bibliográfico básico.

2. Un ejemplo reciente: la STS 971/2022, de 16 de diciembre.

En una estimación puramente intuitiva y experiencial, ayuna de toda verificación o comprobación estadística, pienso que el volumen de absoluciones por declararse inutilizable la prueba al constatarse la violación de algún derecho fundamental ha disminuido en los últimos años. Eso es una señal -como argumentaré luego- de que la herramienta jurídica alcanza en parte sus objetivos. No obstante, sigue siendo relativamente habitual, algo nada insólito, que se produzca la absolución de acusados a los que los indicios apuntaban como culpables de forma irrefutable, por la aplicación del art. 11 LOPJ. Elementos probatorios robustos pueden señalarlos como tales; pero no es posible fundar en ellos la convicción pues el legislador prohíbe a la autoridad judicial tomarlos en consideración por detectarse una

⁷ Baste ahora la mención de las monografías de DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO, *La prueba ilícita penal (estudio jurisprudencial)*, Aranzadi, 2.ª edición, 2000; y de MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, 2ª edición. Resulta también recomendable por su profundidad y originales enfoques el trabajo *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida* de DÍAZ CABIALE Y MARTÍN MORALES (Civitas, 2001). La monografía *La prueba ilícita (un estudio comparado)* de la profesora T. ARMENTA DEU (Marcial Pons, 2009) tiene la virtud de ofrecer una panorámica amplísima de la forma en que es manejada esta teoría en muy diversos ordenamientos con tradiciones diferentes. Por citar dos textos más recientes que me parecen especialmente clarificadores y que me han aportado reflexiones de mucho interés, recordaría a MORENO ALCÁZAR, M.A. "Un ensayo sobre la importancia de la verdad" en la obra colectiva *Corrupción pública, prueba y delito: cuestiones de libertad e intimidad*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2015, págs., 207 y ss; CUADRADO SALINAS, C., *Fundamento y efectos de la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; o FUENTES SORIANO, O, *La prueba prohibida. viejos problemas procesales de las nuevas tecnologías* en el Libro colectivo PRIORI POSADA. G. (Coord.), *Justicia y proceso en el S,XXI. Desafíos y tareas pendientes*, Ed. Palestra, Perú, 2019.

vulneración de la intimidad, el secreto de las comunicaciones, el derecho al entorno virtual, la inviolabilidad del domicilio o cualquier otro derecho fundamental⁸.

A efectos puramente ilustrativos me hago eco de un caso recientemente resuelto en casación. Probablemente sea la última sentencia del año que acaba de dejarnos que procede a la anulación de una condena, ajustada a la realidad de lo sucedido, pero basada en pruebas con un origen viciado: una información obtenida sin respetar los derechos a la intimidad y la autodeterminación informativa (protección de datos). Es la sentencia cuya referencia encabeza este epígrafe.

Se trataba de una investigación por delitos de robo en viviendas, algunos violentos. Uno de los asaltantes había resultado con lesiones como consecuencia del enfrentamiento con los moradores. Los agentes de la Guardia Civil localizaron las asistencias médicas en hospitales de la zona compatibles con esas lesiones, localizando en un hospital la documentación clínica del que resultó ser el autor, así como el dato del teléfono que usaba.

La Sentencia proclama la necesidad de contar con autorización del paciente o con autorización judicial para recabar datos médicos no anonimizados que pretendan ser utilizados en una investigación delictiva, por aplicación de la LO 3/2018, de protección de datos, y de la LO 7/2021, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales y su remisión normativa al artículo 16.3 de la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Si no se hubiese abierto esa otra línea en la investigación no se hubiera llegado a identificar a este interviniente que es absuelto, en contraposición a la condena de algunos otros de sus *compinches*.

Tanto la Audiencia de instancia como el Tribunal Superior de Justicia, barajando argumentos que ahora no son del caso exponer, dotaron de legitimidad a la prueba. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que esa actuación intrusiva de la intimidad precisaba de autorización judicial y anula la condena.

Tras hacer un completo repaso de precedentes jurisprudenciales con algunas analogías, y transitando por un alambicado laberinto normativo (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, sobre *protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos* y la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, que lleva por título *la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos*, así como la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de *Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre y la LO 7/2021, de 26 de mayo, de *protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales*) acaba

⁸ Solo los derechos y libertades fundamentales: es decir, los recogidos en los arts. 15 a 29 CE.

por concluir que ese punto inicial investigador estaba viciado de nulidad, echando por tierra todas las pruebas obtenidas a raíz de él: *“Los agentes policiales, sin autorización del titular del derecho y sin autorización judicial, accedieron a los datos recogidos en el historial médico hospitalario, obteniendo la identidad y los datos de incriminación que llevan a su condena.*

En concreto, en el historial se recogían las lesiones que determinaron a que el acusado -pocos días después del asalto- acudiera al servicio de urgencias del hospital. Además de las lesiones objetivas que observó el médico, el parte recogía la manifestación del paciente sobre cómo se habían causado, en concreto, que sufrió las lesiones como consecuencia de haber sido golpeado en el hombro con una maza y por haber sufrido después un accidente de tráfico, hechos que coincidían con la descripción del enfrentamiento mantenido con una de sus víctimas y con la localización del coche accidentado en el que habían huido.

Y del mismo parte se obtuvieron los dos datos de asignación de responsabilidad al recurrente y que la investigación no pudo obtener por ninguna otra vía: a) En primer lugar, la identidad del individuo que presentaba las sugestivas lesiones y b) El número telefónico que permitió vincular al paciente con los hechos”.

¿A qué lógica responde esa conclusión? ¿Es una especie de compensación al delincuente por haber visto afectado un derecho propio? ¿Por qué, entonces, si no hubiese resultado autor del robo, no se le otorga una compensación del mismo nivel satisfactivo? Si se le han ocupado efectos procedentes del robo ¿debería devolverlos o puede hacerlos suyos?

Solo indagando sobre el fundamento de la teoría se podrán ofrecer respuestas sensatas a esos interrogantes.

3. Exclusión de la prueba ilícita: fundamento.

Como es sabido, el origen de la teoría de la prueba ilícita hay que buscarlo en el derecho anglosajón. Un conocido pronunciamiento del Tribunal Supremo Americano entendió implícita en la cuarta enmienda la prohibición de utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. La teoría, poco a poco, fue matizándose y extendiéndose y hoy es patrimonio común de todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales.

Igualmente es conocido que esos antecedentes conviven con una tradición continental en la que supone un hito inicial reconocido un discurso de BELING (*Prohibiciones probatorias*) pronunciado a principios del siglo pasado con motivo de la inauguración de un curso académico.

Ambas tradiciones han venido a confluir. En la anglosajona predominan -sin que falten matizaciones- los aspectos utilitaristas, más acordes con el temperamento pragmático de ese mundo. La continental goza de un fundamento más dogmático, esencialista y ontológico.

¿Cuáles son el fundamento, alcance y límites de esta teoría? Si no nos lo

planteamos con seriedad corremos el riesgo -y ejemplos de ello existen- de convertir la teoría en un dogma irracional, y hacerla objeto de una idolatría poco meditada que se volverá en contra de los propios derechos fundamentales del hombre a los que quiere servir.

En el origen del discurso sobre la inutilizabilidad de la prueba obtenida con violación de derechos se situaba, aunque no de forma unánime, una finalidad predominantemente disuasoria y profiláctica: una protección efectiva de los derechos fundamentales exige esa drástica medida. La mejor garantía para proteger los derechos fundamentales, y soslayar los riesgos de que el celo investigatorio pase por encima de ellos, es negar todo valor a las pruebas que se alcancen vulnerando esos derechos. Así, el Estado, el agente de la autoridad, percibe nítidamente la inutilidad de esa actuación y se estimula el escrupuloso cumplimiento de todas las garantías por parte de quienes participan en la investigación.

En el planteamiento anida una cierta inconsecuencia lógica: se derivan efectos epistemológicos de una cuestión deontológica. En algunos casos de violación de derechos fundamentales manteniéndonos en el estricto plano epistemológico, la consecuencia de negar a la actividad capacidad probatoria es coherente. Así sucede con la tortura: es una práctica atentatoria de la dignidad humana, pero además poco fiable desde el punto de vista de obtención de la verdad: en palabras de un clásico, *«una confesión hecha bajo tormento es la expresión del dolor, no del indicio. ¿Qué relación tiene el dolor con la verdad?»*.

En muchas otras hipótesis no cabe establecer esa relación. Deducir la invalidez de la prueba como fuente de conocimiento de la vulneración de algún derecho fundamental en su obtención comporta un salto poco lógico. La ocupación de droga en la entrada en un domicilio sin mandamiento judicial es real. En rigor lo que procedería es castigar tanto al narcotraficante así descubierto como al agente policial que violó ese domicilio sin observar las garantías constitucionales. Negar la existencia de la droga sería tanto, utilizando la imagen de un afamado procesalista, como taparse los ojos ante el valor científico a los descubrimientos históricos alcanzados a partir del estudio de las obras expoliadas de Egipto.

Se puede convenir que esa traición a la lógica es acertada en la medida en que se le asigna una función preventiva. Puestos en la balanza ambos valores, merece la pena sacrificar la eventual injusticia que representa no castigar a ciertos culpables para dotar de mayor efectividad a la protección de los derechos fundamentales. La sanción impuesta al agente de la autoridad por la violación de esos derechos fundamentales puede no ser suficientemente disuasoria. Empíricamente es comprobable que el rechazo absoluto del valor probatorio de los elementos así obtenidos es una medida más eficaz en la protección de los derechos fundamentales y desalienta en mayor grado la tentación de actuaciones ilegales.

Ahí debe situarse en mi concepción el fundamento último de la teoría de la prueba ilícita. A menudo en cambio la aplicación cotidiana parece conectar con otras raíces.

La doctrina de la prueba ilícita supone renunciar en determinados casos a conocimientos verdaderos en aras de otra finalidad que exige ese sacrificio. Hasta ahí,

correcto. Pero el sacrificio estará justificado cuando efectivamente se alcancen esos fines perseguidos; no en otros supuestos. La teoría de la prueba ilícita no admite una generalización epistemológica si situamos el fundamento en esa finalidad disuasoria en prevención de posibles vulneraciones de derechos fundamentales.

Cuando se niega valor probatorio a la prueba ilícita se están ponderando dos valores en conflicto: la necesidad de alcanzar la verdad en el proceso penal y castigar al culpable y la preservación de la manera más eficaz posible de los derechos fundamentales frente a la actuación investigadora del Estado. Se otorga preponderancia al segundo y, por ello, se sacrifica el otro bien en colisión: se admite, como tributo que hay que pagar para esa efectividad, que algunos culpables puedan resultar absueltos.

Este punto de vista sin embargo no es compartido por algunos comentaristas. Voces muy autorizadas desligan la proscripción de la prueba ilícita de ese fundamento instrumental y lo sitúan en la necesidad de prevalencia absoluta de los derechos fundamentales y en razones más ontológicas. En la jurisprudencia no existe un posicionamiento claro que obedezca a una construcción asumida conscientemente. Esa falta de reflexión provoca vaivenes y contradicciones entre diversos pronunciamientos. Aunque el tema es de un interés sumo, no es compatible ni con el propósito de estas páginas ni con una extensión razonable adentrarme en la explicación de tales tesis⁹.

Si se trata de cimentar la exclusión de la prueba ilícita en postulados no conectados con el efecto disuasorio, se corre el riesgo de llegar a soluciones ininteligibles e inasumibles. La teoría de la prueba ilícita no significa que los hechos así conocidos no sean verdad. Implica sencillamente que no pueden ser valorados para garantizar la limpieza del proceso. Se refuerzan los principios de que el fin no justifica los medios y de que la verdad procesal no puede alcanzarse a cualquier precio. Pero es cierto y real que en el domicilio, ilícitamente registrado, se encontró droga y que su propietario se dedicaba a su comercio, aunque de esa realidad no se pueda extraer

⁹ Como botones de muestra puede citarse DIAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, MIRANDA ESTRAMPES, ANDRÉS IBÁÑEZ (*De nuevo sobre motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza en "Los Hechos en la sentencia penal"*, México, 2005, págs. 95 y ss.) o AGUILERA MORALES (*Regla de exclusión y acusatorio* en la obra colectiva "Proceso Penal y sistemas acusatorios" coordinada por L. BACHMAIER, Madrid, 2008, págs. 73 y ss.). Y en la jurisprudencia una muestra reciente de querencia por la tesis más ontológica encontramos en la STS 674/2018, de 19 de diciembre: "*Resulta inexcusable reflexionar sobre el fundamento de la regla de exclusión. Porque el que suele atribuirse en el ámbito anglosajón se centra en el «efecto disuasorio» que se le atribuye para prácticas indeseables de la policía o, más ampliamente, del aparato estatal. No parece que el mismo haya sido asumido en el derecho continental, por más que en la recepción de la citada regla haya influido el precedente foráneo citado. Antes bien, en nuestro continente suele predicarse que el fundamento de reglas como la del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es la **protección objetiva del derecho vulnerado** en la praxis ilícita lo que, más allá de la funcionalidad utilitaria de producir la inhibición del aparato estatal. Y aquella protección solamente se alcanza en la medida que los actos que la vulneran son privados de toda rentabilidad o eficacia. De ahí que las «flexibilizaciones» propuestas para la regla de exclusión (buena fe de quien lesiona el derecho, inevitabilidad del descubrimiento o similares) deban reconducirse con prudencia a aquel verdadero fundamento para asegurar que desde la vulneración de derechos fundamentales no caben logros en un sistema democrático que, aunque favorezcan el castigo del delito o desinhiban la actuación policial, generan el riesgo de fomentar la debilidad de la protección de los derechos que nuestra Constitución consideró esenciales". Con ello la sentencia parece apartarse de la senda que tímidamente se inició en la STS 116/2017, de 25 de enero (Falciani), recogiendo el guante del voto particular de la STS 569/2013, de 26 de junio.*

ninguna consecuencia jurídica sancionadora¹⁰, pero sí consecuencias de otra naturaleza.

La teoría de la prueba ilícita tiene su fundamento en una ponderación de valores en conflicto. Ante la disyuntiva entre el derecho del Estado a sancionar al autor de un delito y la eficaz protección de los derechos fundamentales que exige la inutilizabilidad de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y en consecuencia prescindir del castigo y absolver a culpables en aquellos casos en que la prueba se haya obtenido de forma ilegítima, se opta por esto último. La eficaz tutela preventiva de los derechos fundamentales es un valor preferible frente a la sanción en todo caso y a toda costa de todos los responsables penales. El sacrificio merece la pena. Es una decisión de política criminal correcta, aunque quizás otras razones pudieran aconsejar la contraria.

La opción es válida para ese conflicto, pero no es extrapolable a otros supuestos, ni significa -en eso se puede degenerar- que los hechos averiguados a través de pruebas ilícitas sean falsos, o no existan, o no pueda decirse si son reales o no. Cuando el conflicto no enfrenta el derecho de la Sociedad a que se castigue al autor de un delito y la protección de los derechos fundamentales, sino esa protección genérica preventiva con el derecho a la vida -o a la libertad- de un ciudadano concreto con nombre y apellidos, no hay duda alguna: debe prevalecer éste. Por eso la prueba obtenida de manera ilegítima sí que es utilizable para acabar con los efectos de un delito (aprehensión de la droga o liberación de un secuestrado, por esgrimir un ejemplo bien elocuente: una doctrina que llevase a sostener fundadamente que lo procedente jurídicamente sería abandonar al secuestrado a su suerte es un monstruo¹¹).

¹⁰ Por eso la droga ocupada existe también a efectos jurídicos y no puede ser devuelta, sin necesidad de hacer ninguna acrobacia argumentativa. El dinero encontrado en un registro ilegal no podía ser decomisado, porque el comiso era una sanción (una consecuencia accesoria en la actualidad). No es que el dinero fuese inexistente (como se afirma en la STS 1607/1999, de 8 de noviembre, sin embargo, de manera que no consigue esconder la incoherencia, sí que decreta la intervención de la sustancia estupefaciente descubierta), sino que, siendo real, la prueba no puede ser utilizada para una condena.

¹¹ En esa dirección se mueve alguno de los argumentos que se recogen en el voto particular que acompaña a la STS 569/2013, de 26 de junio. La ocupación subrepticia de material digital del excónyuge había llevado a descubrir actos de abusos sexuales no consentidos. La Audiencia llegó a un pronunciamiento absolutorio por ilicitud de la prueba que sería confirmado en casación con una sentencia a la que acompaña un voto particular. En él se parte de dos datos que se consideran decisivos: la violación provenía de un particular y, además, no obedecía al afán de buscar pruebas lo que la hacía no encajable con el término *obtenidas* que maneja del art. 11.1 LOPJ: *“Estos dos datos a mi juicio son claves a la hora de delimitar la esfera en la que ha de moverse la feliz en su fondo, pero muy perfeccionable en su dicción, formulación del art. 11.1 LOPJ que tantos efectos benéficos ha aportado a nuestra praxis judicial y policial. Se podrá tachar de excesivamente sofisticado el razonamiento. Intento razonar por qué no solo no me lo parece, sino que esa exégesis, que ha cristalizado en una propuesta prelegislativa, es más fiel a la filosofía que inspira el principio de prohibición de valoración de la prueba ilícita y comporta una más eficaz y racional protección de derechos fundamentales. El mandato de optimización de disfrute de derechos fundamentales es elemental regla de exégesis en esta materia.*

Se quebrantó el derecho a la intimidad del acusado. Ahora bien, la declaración de ilicitud de la prueba no tiene eficacia restaurativa del derecho ya violado. Previene atentados futuros. No se detecta necesidad alguna de esa prevención -disuadir de la tentación de investigar a través de métodos ilegítimos- cuando no era esa la motivación que animaba la conducta inicial.

Por otra parte, (a nivel indiciario y dialéctico y con las cautelas que impone la presunción de inocencia no destruida que sin embargo, se ha tratado con, al menos, poca contención respecto de una de las

Es preciso recobrar un realismo sano tan emparentado con el sentido común. Remarcar que la teoría de la prueba ilícita no significa negar que hechos reales no sean tales; ni negar que existan sucesos ciertos; o hacer depender la verdad o no de los procedimientos seguidos para obtener el conocimiento: solo existirían verdades procedimentales, susceptibles de ser cambiadas¹².

La teoría nació con fines profilácticos, como mecanismo disuasorio de comportamientos contrarios a los derechos fundamentales por parte de los aparatos del Estado. Los límites de la teoría y sus consecuencias han de ser fieles a esos orígenes que son compatibles con el esfuerzo en el proceso penal por buscar la verdad. De ahí pueden extraerse ricas conclusiones con innegable operatividad práctica. Muchas de esas modulaciones y consecuencias están presentes en la jurisprudencia americana, la cuna de la teoría. Sin embargo, en España y en otros ordenamientos no acaban de cuajar y siguen produciéndose muchas resoluciones que reflejan una visión miope que desenfoca el problema y conduce a soluciones que a mi juicio no son acertadas e incluso podrían acarrear el desprestigio social de la misma teoría¹³.

denunciantes a la que se achaca en la sentencia sin matización alguna la comisión de un delito del art. 197 CP aunque sea a efectos meramente prejudiciales basándose precisamente en pruebas derivadas de la ilícita, lo que motiva una comprensible queja en su recurso de casación) se puede descubrir otro derecho fundamental presuntamente violado. O, más bien, dos. Su titular es una de las denunciadas. Tanto su intimidad (sin su consentimiento se han obtenido imágenes suyas en momentos de elemental privacidad); como su libertad (sexual). Un reproche penal al presunto autor tampoco restaurará esos derechos. Pero sí compensará y como toda pena, tendrá un efecto de prevención general. No se ventilan en el proceso penal exclusivamente intereses del Estado. También derechos de ciudadanos, a veces fundamentales y que conectan con temas de justicia conmutativa y no puramente legal.

¿También negaríamos a la víctima la tutela por ser ilegítima la prueba si hubiese acudido a un proceso civil (Ley 1/1982) reclamando el cese de la intromisión?

En rigor el razonamiento de la sentencia mayoritaria y de la sentencia combatida, llevaría a afirmar que la actuación correcta de los aparatos del Estado (agentes y Juzgado de Instrucción) frente a la denuncia efectuada hubiese sido la de total abstención ante el origen ilícito de la prueba blandida y la imposibilidad legal de que surtiese ningún efecto (art. 11.1 LOPJ). Es decir, ante la justa petición de la víctima de que se incautase otro posible material similar, otras copias o de que se registrase el domicilio para su localización y destrucción, tanto la policía como singularmente el Juzgado de Instrucción deberían haberse abstenido de actuar. Lo que significa cabalmente que en aras de fines preventivos de hipotéticas violaciones futuras de un derecho fundamental (finalidad profiláctica de la regla de exclusión que no repone el derecho violado sino que previene otras), se estaría consintiendo con que se perpetuase el maltrato actual de un derecho fundamental concreto de una persona con nombre y apellidos. No puede ser esa la exégesis de ese precepto”.

¹² Vid. a este respecto las sugerentes consideraciones que se contienen en el trabajo de MORENO ALCÁZAR, M.A. *Un ensayo sobre la importancia de la verdad* en la obra colectiva “Corrupción pública, prueba y delito: cuestiones de libertad e intimidad”, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2015, págs., 207 y ss.

¹³ El voto particular de la STS 385/2013, de 18 de abril, razona de forma similar: “Se va haciendo necesario... reformular la doctrina sobre prueba ilícita ya felizmente asentada, aunque poco pulimentada en algunos puntos. No para replantearla, sino para profundizar en sus cimientos y desde ahí definir de manera coherente sus contornos y consecuencias. Su génesis en nuestro ordenamiento tiene raíces jurisprudenciales. Fue el Tribunal Constitucional quien protagonizó el primer hito con una conocida sentencia de finales de 1984. Plasmó luego en un único precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial (aparte de desarrollos puramente procedimentales como el efectuado en la Ley de Enjuiciamiento Civil): su art. 11.3, muy sintético y con alguna expresión ambivalente, o, al menos, susceptible de lecturas diversas. Han sido los Tribunales, y particularmente el Constitucional, quienes han ido delimitando sus perfiles, excepciones, matices, y aplicaciones, con soluciones que, a veces, al menos en apariencia, parecen contradictorias o, no del todo coherentes. Entiendo que es tarea pendiente identificar con claridad dónde sitúa nuestro ordenamiento el fundamento de esa irrenunciable regla de exclusión.

Si la teoría de la prueba ilícita tiende a prevenir atentados futuros contra derechos fundamentales, comprobar que disminuyen los casos de aplicación del art. 11.1 LOPJ será señal de que está lográndose el objetivo propuesto.

Solo desde esa premisa se puede lograr un desarrollo congruente, que respete en cada caso la raíz última de la teoría (profilaxis preventiva o fundamento ontológico).

En el recurso adhesivo que ha interpuesto el condenado se detecta uno de los claros excesos que se producen al manejar esta doctrina: es un desatino poco compatible con la razón y, por tanto, también con el derecho, llegar a la conclusión (aunque el razonamiento construido sobre premisas muy al uso puede parecer perfectamente lógico) de que existen delitos ¡nulos! Es decir, los producidos con motivo de una intervención policial cuyo origen está en unas escuchas ilegales. El recurrente adhesivo sostiene que la prueba de esos delitos (conducción temeraria, resistencia, dos faltas de lesiones, conducción sin permiso) que han motivado su condena también era inutilizable. Esa actuación policial no se hubiese producido -y en eso tiene razón- sin las escuchas practicadas con violación del art. 18.3 CE. La percepción de las infracciones perpetradas cuando se desencadenó la actuación policial como consecuencia de las escuchas, estarían afectadas también por la nulidad. Son hechos derivados directamente de esas intervenciones. Hay relación de causalidad.

Esa forma de razonar es un despropósito. Casi podría decirse que según esa tesis (que, insisto, aparece como "lógica" en determinado escenario exegético de la prueba ilícita) las lesiones producidas a los agentes policiales son jurídicamente "nulas" (!) pues estarían directamente enlazadas con unas investigaciones que arrancaron ilícitamente. Serían tan inutilizables como lo ha sido la evidencia de la sustancia estupefaciente encontrada en la carretera y supuestamente arrojada desde el vehículo en el momento de la intervención policial.

Se producen excesos en mi opinión en el manejo práctico de esa teoría, cuya implementación, por otra parte, tantos efectos benéficos ha traído en relación a una tutela eficaz y no puramente retórica o simbólica de los derechos fundamentales. Esos excesos son fruto a veces de cierta confusión o indefinición sobre su fundamento. No se trata ahora de desmenuzar esos argumentos del recurso supeditado que, además, han de quedar sin contestación como explica la sentencia en su fundamento jurídico décimo. Pero sí son aprovechables para resaltar como preámbulo de mi argumentación esa relativa indefinición del alcance de la doctrina de la prueba prohibida germen de soluciones incongruentes, a veces poco inteligibles para el profano -y para el jurista- y contradictorias entre sí; y otras veces -demasiadas- respuestas dispares como en este asunto concreto que ahora examinamos. Nuestro ordenamiento está necesitado de una reflexión sobre los objetivos a alcanzar con ese mecanismo de expulsión de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, de la que tantos beneficios se han derivado para nuestro sistema procesal y práctica policial y judicial, para discriminar entre los mecanismos aptos para esos fines, y los que no aportan nada y solo retorcidamente y apartándonos de un sano realismo resultan medianamente inteligibles (juego de la prueba ilícita en el recurso de revisión; indemnización por prisión preventiva y prueba ilícita; in dubio en materia de prueba inutilizable, prueba ilícita que acredita la inocencia que parece ceder ante un sólido cuadro probatorio...).

Concluirá el voto con estos párrafos: "La declaración de ilicitud de una prueba constituye un fracaso del sistema de justicia penal. Puede entenderse que es señal de que funcionan los mecanismos de blindaje de los derechos fundamentales, pero no deja de ser un fracaso por cuanto significa el reconocimiento de que se ha vulnerado un derecho fundamental; y de que probablemente por ese mal funcionamiento no ha podido cristalizar en una resolución ajustada a la realidad, una aspiración de justicia como valor superior. A veces cuando estamos ante intereses estatales o colectivos más difusos, se hace más asumible ese "fracaso". Pero si pensamos en otras materias (corrupción, urbanismo) se despertarán más alertas. Más cuando estamos ante víctimas concretas que precisamente por un error del sistema ven rechazadas sus fundadas peticiones de justicia; de justicia no solo legal, sino también conmutativa y en ocasiones cuantificable. La consecuencia no es solo un decaimiento del ius puniendi del Estado. Hay otros derechos en juego. Y es que una muy laxa interpretación de la cláusula de exclusión no se limita a "reforzar" los derechos fundamentales, sino que por necesidad, por definición ese supuesto "refuerzo" (la exclusión de la prueba lícita no "restaura" el derecho violado; solo previene futuras violaciones: la declaración de ilicitud de unas escuchas telefónicas no repara la intromisión en la intimidad, más de lo que repara el derecho a la vida, una condena por delito de homicidio: disuade de atentados futuros pero no devuelve la vida) siempre es a costa de "recortar" otros derechos fundamentales como es el derecho a usar los medios de prueba pertinentes y como corolario el derecho a la tutela judicial efectiva. Ese tributo hay que pagarlo gustosamente cuando en verdad se constata una vulneración de un derecho fundamental. Pienso que aquí había que abonarlo...".

4. La prueba ilícita exculpatoria.

Se persigue preservar a toda la sociedad de eventuales atentados contra derechos fundamentales, haciendo que no compensen de ninguna forma. Es inteligible y legítima la opción del legislador: sacrificio el *ius puniendi* del Estado en alguna ocasión, renunciando al castigo de algunos delincuentes, en aras de un objetivo que merece la pena, un mayor blindaje frente a potenciales mermas de derechos.

Pero cuando en uno de los platillos de la balanza no está el *ius puniendi*, sino otro derecho fundamental actual que está siendo lesionado, es patente que el resultado de la ponderación ha de ser diferente. Si a través de una escucha ilegal descubro dónde se encuentra la persona secuestrada, ninguna duda ha de haber a la hora de proceder a su rescate. Es indiferente que la indagación está contaminada por la violación del derecho al secreto de las comunicaciones. Entre la libertad actual de una persona privada de ella, y la potencial tutela de los derechos fundamentales de todos, aquél bien tiene más peso. Cuando en cambio sopeso con el castigo de los culpables, puede prevalecer ésta. Por eso un adecuado entendimiento de la tesis debe llevar a utilizar la prueba para proceder a la liberación del detenido; pero no utilizarla para enjuiciar a los responsables.

Por la misma razón carece de sentido que sea tachada de inutilizable una prueba que puede servir para acreditar la inocencia del injustamente acusado. Ahí tenemos ya en juego otro bien de mayor valor: la absolución del inocente. En contra de lo que sostienen algunos creo que no debe existir el más mínimo obstáculo para hacer valer en favor del reo la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Así venía a admitirlo el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, en axioma que, sin embargo, no ha sido recogido en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2021.

5. La excepción de buena fe.

Más consecuencias que pueden extraerse de situar el fundamento de la teoría en una finalidad profiláctica. Si se quiere prevenir atentados contra derechos fundamentales, no habrá razones para excluir la prueba cuando el agente haya actuado con buena fe; o, dicho con otras palabras, sin dolo ni grave negligencia. La palabra *vulneración* ha de ser entendida como conducta antijurídica y culpable y no meramente antijurídica. No habrá que prescindir de la prueba si quien abre la carta del vecino, que contenía droga, y sin advertir que no era él el destinatario, la ha tomado de su buzón donde por descuido la depositó el empleado de correos.

La excepción de la buena fe ha sido admitida por nuestro TC: STC 22/2003, de 10 de febrero. La actuación de los agentes ajustada a la legalidad formal, aunque materialmente inconstitucional, en inconstitucionalidad no afirmada por el órgano llamado a hacerlo, no puede ser sancionada con la inutilizabilidad de la prueba. No les era exigible apartarse de la legalidad presumiendo su inadecuación a la constitución. Actuaron de buena fe.

En la jurisprudencia ordinaria aborda esa cuestión la STS 489/2018, de 23 de octubre, para la que parece operar la excepción, aunque han de excluirse de su ámbito los supuestos de vulneración de un derecho fundamental por grave indiligencia.

Se recurría una condena por delito continuado de apropiación indebida imputada al directivo de una empresa. La prueba principal, aunque no única, arrancaba de los datos obtenidos mediante el examen efectuado de forma no consentida del ordenador manejado por el acusado. Entre esos datos se encontraban correos electrónicos del acusado que desvelaban su conducta desleal para la empresa. El examen se realizó a través de un programa que permitía seleccionar, por su contenido, correos electrónicos sin necesidad de abrirlos. El directivo no había asumido la obligación de usar exclusivamente la computadora para actividades o comunicaciones de la empresa: no se le había prohibido realizar desde ahí comunicaciones ajenas a sus funciones en la empresa ni había sido advertido de una hipotética reserva por parte de la empresa de su facultad para examinar tal dispositivo. No había autorizado en consecuencia ni expresa ni tácitamente que la empresa pudiese acceder a las cuentas de correo usadas por él. La sentencia aclara que a los efectos de decidir sobre la licitud de tal prueba el dato de la titularidad del ordenador es irrelevante.

A partir de este cuadro fáctico el Tribunal Supremo entiende que se afectó de forma ilegítima un derecho fundamental, en concreto un derecho de nueva generación que ha venido a ser bautizado como derecho al entorno digital.

En el tramo final del razonamiento la Sala explica por qué entiende que no opera la excepción de buena fe, a la que implícitamente, por tanto, concede relevancia para privar de eficacia a la cláusula exclusionaria.

In casu, la Sala Segunda entiende que la actuación de la empresa, aun no siendo dolosa, fue indiligente, por lo que no es salvable la prueba:

“Con anclaje en la tesis partidaria de la finalidad profiláctica, se ha sostenido que para tachar a una prueba de ilícita, debe exigirse, usando un paralelismo penal, una conducta antijurídica y culpable (aunque sea simple negligencia). No sería "ilícita" a estos efectos la acción, ni por tanto la prueba, cuando se ha actuado de buena fe, con la convicción de que la conducta se ajustaba al ordenamiento y sin indiligencia, indiferencia o desidia reprobables. Desde esa premisa se conformó lo que se llamó la excepción de la buena fe se viene aplicando por el Tribunal Supremo americano; alguna vez, precisamente, con motivo de pronunciamientos jurisprudenciales: no podía exigirse a unos agentes que se apartasen de lo establecido en una ley que posteriormente fue declarada inconstitucional por la Justicia. Las actuaciones realizadas al abrigo de tal ley, antes de su expulsión del ordenamiento jurídico, eran válidas en cuanto existía buena fe... Sin embargo, en el caso presente, a la vista de la jurisprudencia existente y predominante en el momento de la actuación empresarial cuya licitud fiscalizamos ahora, se podía y debía haber extremado la cautela: no existiendo advertencia de que el ordenador había de ser usado exclusivamente para los fines de la empresa y no constando al empleado que la empresa se reservaba la potestad de su examen, por mucho que se utilizasen métodos informáticos especialmente poco invasivos y selectivos, constituía un cierto atrevimiento (una indiligencia), no recabar antes el consentimiento del titular o, en su defecto, la autoridad judicial. Regía ya un cuerpo de doctrina jurisprudencial que alertaba sobradamente sobre la dudosa legalidad de esa actuación. Algo de osadía se aprecia en la iniciativa adoptada por la empresa. La prueba no es rescatable; no puede utilizarse.

6. Particulares y prueba ilícita.

En algunos ordenamientos la teoría de la prueba ilícita solo opera frente a agentes del Estado. Algún intento ha existido en nuestra doctrina e incluso en la jurisprudencia de hacer distinciones de ese orden en nuestro sistema. Pero hoy está claro que el art. 11.1 LOPJ ha de jugar de igual forma en las relaciones entre particulares que entre las relaciones Estado-ciudadano. No hace discriminación alguna tal precepto y así ha sido resaltado por la STC de 16 de julio de 2019.

Cosa diferente es que la vinculación de la cláusula exclusionaria con el art. 24 CE permita aplicarla solo a aquellos casos en que en la conducta de vulneración de un derecho fundamental esté presente, de forma directa o indirecta, un horizonte procesal. No habrá exclusión, si el objetivo de la vulneración del derecho fundamental era totalmente ajena a una finalidad procesal. Los ladrones que entran en la vivienda donde encuentran droga no van buscando pruebas. Por eso si son sorprendidos por la policía; o ésta acaba deteniéndolos, nada impedirá condenar a los tenedores de la sustancia estupefaciente, aunque su hallazgo fuese fruto de un atentado a la inviolabilidad del domicilio a cargo de unos particulares. Este es el entendimiento de la referida sentencia del TC que acabamos de citar y que solventaba a nivel nacional el asunto *Falciani* convalidando las condenas. En la inicial ilícita obtención de las pruebas de delitos de defraudación tributaria no estaba presente una finalidad de recabar pruebas para hacerlas valer en un proceso.

7. Principio *in dubio* y prueba ilícita.

Cómo ha de jugar la carga de la prueba (con todas las modulaciones que habría que efectuar para justificar esa terminología, clásica, pero controvertida en el proceso penal) en relación con la ilicitud de un medio probatorio concreto es tema que se presta también a tesis opuestas. Entiendo que optar por la finalidad disuasoria de la teoría invita a modular enormemente ese principio en materia de datos fácticos que constituyan el presupuesto de la ilicitud probatoria.

¿El principio *in dubio* obliga en caso de que existan dudas sobre la licitud de una prueba a prescindir de ella? ¿El derecho a la presunción de inocencia supone que han de considerarse ilícitos los medios de prueba sobre los que recaigan sospechas en tanto no se acredite lo contrario?

En mi opinión la respuesta ha de ser negativa para los dos interrogantes.

Me parece muy claro en lo que respecta a la presunción de inocencia. Obliga a presumir que una persona es inocente en tanto no concurran pruebas que acrediten su culpabilidad, pero no nos lleva ni nos puede llevar a presumir que las pruebas inculpatorias son ilegítimas mientras no conste su licitud.

No creo que sea del todo correcto decir -como he escrito en ocasiones- que la carga de la prueba sobre la ilegitimidad de un medio probatorio corresponde a quien la alega, de forma que las dudas habrán de ser resueltas a favor de la utilizabilidad del medio de prueba. Se suscita en ese punto un cierto problema de delimitación de campos, parecido al originado en materia de eximentes y atenuantes donde ya la jurisprudencia parece felizmente haber iniciado un camino que llevará a enterrar definitivamente la

equivocada máxima de que atenuantes y eximentes deben estar tan probadas como el hecho mismo para ser apreciadas. No. No es así.

Tampoco la ilicitud fáctica determinante de una nulidad probatoria exige *certeza más allá de toda duda razonable*.

Ni eso; ni tampoco la posición antagónica: sólo si consta perfectamente acreditada la licitud probatoria, sin dejar margen alguno a la duda, podrá utilizarse tal medio de prueba.

Esta premisa hace padecer en términos no ponderados a otro derecho fundamental que entra en juego: el derecho fundamental a valerse de los medios de prueba pertinentes. No puede ser limitado sin una base probatoria sólida *Item* más, creo que la carga de la prueba sobre la ilegitimidad de un medio probatorio corresponde a quien la alega, de forma que las dudas habrán de ser resueltas a favor de la utilizabilidad del medio de prueba. Está en juego el derecho fundamental a valerse de los medios de prueba pertinentes que no puede ser limitado sin una base probatoria sólida¹⁴.

El estándar probatorio ha de situarse en la probabilidad preponderante. Si existen dudas sobre la licitud de un medio de prueba (v. gr., se duda si el morador dio su consentimiento para entrar en la vivienda: él lo niega, mientras que los agentes policiales aseguran lo contrario), se podrá usar ese medio probatorio (hallazgos en la casa) si el órgano judicial cree muy probable, aunque no completamente seguro, que se obtuvo el consentimiento. Si, por el contrario, la valoración probatoria le lleva a entender más probable que no se diese el consentimiento el medio de prueba habrá de ser excluido. El principio *in dubio* no es una pauta basada en la epistemología, sino que es criterio deontológico. La Sociedad se da esa regla de juicio porque quiere evitar a toda costa la condena de un inocente.

Me parece que en el campo de la prueba inutilizable no rige el mismo fundamento. La sociedad no tolera la condena de un inocente. Sin embargo, sí está en condiciones de admitir la condena de un demostrado culpable, aunque haya un margen de duda (no alto) sobre la licitud de la prueba. Entiendo que el estándar canónico del proceso penal rige para la culpabilidad *-certeza más allá de toda duda razonable-* pero no para esa cuestión concomitante, sencillamente porque en ella no se detecta el conflicto valorativo (condena de un inocente frente a absolución de un culpable) que está en la base de esa regla.

En la jurisprudencia el tema no se ha planteado abiertamente y se pueden encontrar muestras de pronunciamientos que se inclinan de forma más o menos clara por una u otra opción.

La cuestión estaba en el trasfondo de las alegaciones sobre nulidad de unas intervenciones telefónicas practicadas en otra causa y que habían alumbrado nuevas causas derivadas de aquélla en las que no se unían más que los testimonios

¹⁴ Opinión contraria, aunque centrándose en la prueba sobre la prueba en GASCÓN INCHAUSTI *El control de la fiabilidad probatoria: «prueba sobre la prueba» en el proceso penal*, Ed. Revista General de Derecho, Valencia, 1999, págs. 56 y ss.

pertinentes y, por tanto, quedaba sin poder verificarse la legalidad y fundamento de la cadena de intervenciones telefónicas. En una época apareció frecuentemente esa cuestión en la jurisprudencia que, tras ciertas vacilaciones (vid SSTs 24 de septiembre de 2001, 498/2003, de 24 de abril, 1393/2007, de 19 de febrero de 2008 o 187/2009, de 3 de marzo) optó por una fórmula contrapesada. De una parte, se admitía la invalidez probatoria cuando no quedaba respaldada con la documentación de la propia causa la legitimidad de cada intervención telefónica (si, por ejemplo, no constaba el oficio inicial, se entendía que podría haberse acordado la intervención sin indicios suficientes y que esa posibilidad determinaba la imposibilidad de usar esos medios de prueba). Pero, de otra parte, se establecía la necesidad de que la defensa anunciase ese tipo de impugnación para que el Fiscal pudiese ofrecer los medios de prueba necesarios (normalmente los testimonios que se echaban en falta del procedimiento matriz) para rebatir el alegato.

La opinión favorable a declarar la inutilizabilidad de las escuchas en esos casos parte a mi juicio de un presupuesto epistemológico erróneo: en principio habría que presumir que las actuaciones judiciales y policiales son ilegítimas e irregulares y vulneradoras de derechos fundamentales mientras no conste lo contrario. No es correcta esa premisa, sin la cual se viene abajo el edificio argumentativo. El presupuesto ha de ser justamente el inverso: salvo prueba en contrario, hay que suponer que los jueces, policías, autoridades y funcionarios en general adecuan su actuación a lo dispuesto en las leyes y en la Constitución. A quien alega lo contrario le corresponde la prueba. No puede decirse que como no se ha acreditado que no hubiese torturas en una declaración policial hay que presumir que las hubo y que, por tanto, tal declaración será nula; o, como en este caso, que como no constan las actuaciones iniciales (que obran en otra causa) hay que presumir que o no hubo autorización judicial de la intervención o que la misma fue inmotivada e injustificada. Ni el principio de presunción de inocencia ni el principio *in dubio* llegan hasta el punto de tener que presumirse por mandato constitucional que, salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son ilegítimas e ilícitas. El principio de presunción de inocencia no extiende su eficacia hasta esos absurdos extremos. Y tampoco el *in dubio* juega en relación con hechos impositivos o excluyentes de la validez de una prueba. Si se quiere demostrar que unas declaraciones han sido obtenidas mediante tortura hay que acreditarlo aportando los medios de prueba pertinentes; o, al menos, un inicio de prueba. Y si se quiere acreditar la ilegitimidad de una prueba también hay que demostrarlo.

Esporádicamente surge de nuevo el tema del nivel de certeza que se exige para declarar la ilicitud de una prueba. Frente a afirmaciones como la de la STS 1064/2012, de 12 de noviembre: *Una persona cuya culpabilidad ha quedado plenamente acreditada en virtud de pruebas probablemente lícitas puede ser condenada*; de la lectura de otras, como la reciente 184/2022, de 23 de febrero se desprendería el principio contrario: el consentimiento del afectado a la policía para legitimar la inspección por la policía de su teléfono ha de estar plenamente acreditado, sin que baste para justificarlo la mera declaración testifical de los agentes. Es preciso aplicar un estándar probatorio más exigente que excluya, en términos de razonabilidad, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.