



universidad
de león



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2021/2022**

**LA LICITUD DE LA PRUEBA Y NUEVOS MEDIOS
DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA EN EL
PROCESO PENAL.**

**(THE LAWFULNESS OF EVIDENCE AND NEW
MEANS OF TECHNOLOGICAL RESEARCH IN THE
CRIMINAL PROCESS.)**

MÁSTER EN ABOGACÍA

AUTORA: DÑA. CLAUDIA ARIAS COBAS

TUTOR: D. PEDRO ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN

A Pedro, tutor y gran amigo.

A Miguel, mi constante.

ÍNDICE

RESUMEN	5
PALABRAS CLAVE	5
ABSTRACT	6
KEY WORDS	6
OBJETO DEL TRABAJO	7
METODOLOGÍA	8
ABREVIATURAS	9
1. PRUEBA ILÍCITA Y PROCESO PENAL	10
1.1. Encaje legal de la prueba prohibida en el proceso penal español.	10
1.2. Concepto de prueba ilícita.	11
1.3. Diferencias entre prueba ilícita y prueba prohibida.	15
2. GARANTÍAS DE LA LICITUD PROBATORIA	18
2.1. Régimen jurídico de la ilicitud de la prueba.	21
2.1.1. <i>Supuestos de obtención de prueba ilícita en el proceso penal español.</i>	22
2.1.2. <i>Momento en que ocurre la ilicitud probatoria.</i>	22
a. Modo de actuación.....	23
b. Proceso ordinario.....	24
c. Proceso abreviado.....	26
d. Proceso ante el Tribunal del Jurado.....	27
2.1.3. <i>Efectos de la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita.</i>	28
2.2. Excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita.....	30
2.2.1. <i>La excepción de la buena fe en la actuación judicial.</i>	32
2.2.2. <i>Excepciones a la eficacia refleja.</i>	34
a. Excepción de la fuente independiente.....	34

b.	Excepción del descubrimiento inevitable.....	36
c.	Excepción del nexo causal atenuado.....	38
2.2.3.	<i>La doctrina de la conexión de antijuridicidad.</i>	40
3.	LA PRUEBA ILÍCITA Y LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS EN LA ACTUAL REGULACIÓN.	42
3.1.	Medios de prueba tecnológicos.....	42
3.2.	Principios rectores.	45
3.2.1.	<i>El principio de especialidad.</i>	46
3.2.2.	<i>El principio de idoneidad.</i>	47
3.2.3.	<i>Los principios de necesidad y excepcionalidad.</i>	47
3.2.4.	<i>El principio de proporcionalidad.</i>	48
4.	EVOLUCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL CON RESPECTO AL CONCEPTO Y TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN ESPAÑA.	48
4.1.	Teoría de los frutos del árbol envenenado.	48
4.2.	Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019 y la Lista Falciani.	53
	CONCLUSIONES	55
	BIBLIOGRAFÍA	59
	NORMATIVA	62
	JURISPRUDENCIA EUROPEA	64
	JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA	64
	JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE	66

RESUMEN

La obtención de pruebas por parte de la policía judicial o la proposición de pruebas de las partes debe siempre llevar encadenado un exhaustivo control para evitar las situaciones de indefensión de una de las partes frente a la otra o la vulneración de los derechos fundamentales. Es por eso, que en el Derecho estadounidense se introduce la “Teoría de los frutos envenenados”, se trata de una similitud entre la manzana prohibida y las pruebas que han sido obtenidas de manera ilegal o ilícita provocando una transgresión de los derechos de las personas afectadas por estas.

Dicha teoría ha sufrido una notable evolución con el paso del tiempo, comenzaron considerando como ilícitas tanto las pruebas obtenidas por la mencionada vulneración como aquellas pruebas que se derivasen de estas, excluyéndolas del proceso en el que hubieran sido integradas e incluso dando lugar al sobreseimiento de este si se tratasen de las pruebas sobre las que se sostuviese. En la actualidad, el juez encargado de declarar la ilicitud de dichas pruebas valora si se consideran pertinentes o sustanciales para el caso para otorgarles una categoría especial y poder así incluirlas en el procedimiento e incluso llegar a dictar sentencia en base a estas.

PALABRAS CLAVE

Prueba ilícita, vulneración, derechos fundamentales, teoría de los frutos del árbol envenenado.

ABSTRACT

The gathering of evidence by the judicial police or the proposition of evidence by the parties must always be subject to exhaustive control in order to avoid situations of defencelessness of one of the parties against the other or the violation of fundamental rights. This is why the "poisoned fruit theory" was introduced in American law, which is a similarity between the forbidden apple and evidence that has been obtained illegally or illicitly, causing a transgression of the rights of the persons affected by it.

This theory has undergone a notable evolution over time, beginning by considering as unlawful both the evidence obtained as a result of the aforementioned violation and the evidence derived from it, excluding it from the process in which it had been included and even leading to the dismissal of the process if it was the evidence on which it was based. Currently, the judge in charge of declaring the unlawfulness of such evidence assesses whether it is considered relevant or substantial for the case in order to grant it a special category and thus be able to include it in the proceedings and even pass sentence on the basis of it.

KEY WORDS

Unlawful evidence, violation, fundamental rights, fruit of the poisonous tree doctrine.

OBJETO DEL TRABAJO

El objeto principal del presente trabajo es realizar un estudio doctrinal y jurisprudencial entorno a la prueba ilícita, haciendo un repaso a la evolución del concepto y su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

Este trabajo tiene varios objetivos secundarios. En primer lugar, pretende recopilar toda la información existente sobre la prueba ilícita. Desde la problemática que supone el término prueba ilícita, pasando por las diferentes acepciones que se le otorgan a este término, hasta las diferentes opiniones tanto doctrinales como jurisprudenciales sobre la utilización de manera indistinta de los términos prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegalmente obtenida, etc. Ilustrando perfectamente cada parte del trabajo con jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo.

En segundo lugar, se relaciona el término prueba ilícita con la profesión de la abogacía. En este supuesto lo que se pretende es poner de relieve los supuestos en los que se puede dar la ilicitud de una prueba, el momento en el que ocurre y los efectos que tiene la aplicación de la regla de la exclusión probatoria. Añadiendo la forma de alegar que una prueba es ilícita o prohibida, diferenciando la actuación de oficio por parte de los jueces y tribunales, como la actuación a instancia de parte.

Otro tema importante que se trata de abordar en este segundo apartado es el de las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba, íntimamente relacionado con la evolución del concepto de ilicitud probatoria en la jurisprudencia.

De otro lado, se trata de recordar los principios rectores que se ven afectados por esta ilicitud y por la vulneración que conlleva, identificando todos los principios rectores e interrelacionándolos con los medios tecnológicos actuales incorporados en las últimas modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por último, se hace un repaso más detallado de la evolución jurisprudencial del concepto y del tratamiento de la prueba ilícita en el proceso penal español, haciendo hincapié en aquellas sentencias españolas que han supuesto un antes y un después en este tema, como la STC 114/1984, mencionada varias veces a lo largo del trabajo debido a su importancia. El primer tema que se aborda en este apartado es la Teoría de los frutos del árbol envenado procedente de la jurisprudencia estadounidense. Terminando el trabajo con una Sentencia del Tribunal Constitucional español reciente, como es la STC 97/2019.

METODOLOGÍA

Cómo en todos los trabajos finales, el primer paso que se debe dar es la elección del área de conocimiento sobre la que deseas indagar. En mi caso, elegí el Derecho Procesal, en concreto la parte penal de este derecho. Durante toda la carrera se ha visto la importancia del conocimiento de las leyes procesales, pero una vez llegados al Máster esta materia ha ido adquiriendo mayor importancia. En varias ocasiones escuche a nuestros profesores que para ser un buen abogado se necesita tener un conocimiento amplio del Derecho Procesal y, que pese a ser una materia tan importante, es la más olvidada y la menos conocida por los letrados. Esto me hizo reflexionar acerca de mis conocimientos procesales y decidí que era el momento oportuno para profundizar en la materia.

Tras este proceso de decisión de área de conocimiento, llegaba el momento de elegir a un buen tutor, en este caso no tuve duda alguna. Durante dos cursos del Grado y un curso del Máster he podido conocer al que hoy puedo considerar mi mentor, el Dr. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán. Desde el principio supe que quería que fuese mi tutor, por lo tanto, se lo propuse y aceptó. Me reuní con mi tutor para elegir un tema de trabajo. Sobre la mesa se barajaban varias opciones, algunas muy complicadas y otras muy simples. Elegimos un tema general de trabajo, sobre el que fuimos concretando poco a poco, hasta llegar al tema actual. Entre medias tuve que leer varias monografías, artículos de revista e incluso otros Trabajos de Fin de Máster. Esto me sirvió de guía para elaborar un primer índice provisional, que tras el paso de los meses y de las diversas reuniones fue adquiriendo un tono más formal.

Una vez teníamos concretado el índice, fui recopilando diversos materiales bases sobre los que apoyar mi trabajo. Mi tutor me envió un protocolo de elaboración del trabajo, que constaba de varios apartados que tenía que ir siguiendo de manera ordenada, con fechas establecidas para la entrega de cada apartado. Este protocolo fue de gran ayuda para la elaboración.

Por último, tras haber localizado las diversas fuentes en las que iba a basar mi trabajo, tenía que empezar a desarrollar el índice por capas. La primera capa trataba de leer y escribir a la vez utilizando manuales, monografías, artículos, tesis, etc. La segunda capa consistió en incorporar el estudio jurisprudencial que diese forma y color al trabajo, aportando un punto de vista práctico. Al final, lo único que quedaban por añadir eran las citas, que había ido incorporando de manera esquemática al trabajo. También debía redactar los aspectos formales del trabajo y enviarlo para una última revisión por parte del tutor.

ABREVIATURAS

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

FGE: Fiscal General del Estado

FJ: Fundamento Jurídico

GAZ: Gaceta de Madrid

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LOTJ: Ley Orgánica del Tribunal del Jurado

Nº/ Núm.: Número

PÁG/ S: Página/s

RAE: Real Academia Española

REC: Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina

STC: Sentencia Tribunal Constitucional

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STS: Sentencia Tribunal Supremo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TIC: Tecnologías de la Información y la Comunicación.

US: Estados Unidos de América

VID: Visualizar

VOL: Volumen

VS: Versus

1. PRUEBA ILÍCITA Y PROCESO PENAL.

1.1. Encaje legal de la prueba prohibida en el proceso penal español.

Uno de los mayores problemas probatorios que han aparecido con la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 es el de la ilicitud en materia probatoria. Esto se debe a la confusión que introducen los artículos 283.2¹ y 287² de dicha ley³ que intentan arrojar un poco de luz a una materia tan controvertida estableciendo el momento oportuno para notificar la vulneración de derechos fundamentales por parte de una prueba y su posterior tramitación⁴.

Del mismo modo ocurre con el proceso penal español. Uno de los mayores retos a los que nos hemos enfrentado es al de ajustar la anterior legislación en materia procesal a los nuevos principios y garantías que incorpora la Constitución Española de 1978⁵.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal se aprueba en el año 1882 y, aunque en aquellos tiempos suponía un gran cambio en el paradigma del enjuiciamiento penal, esta no ha permanecido imperturbable al paso de los años. La colaboración entre la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Constitución Española se torna esencial en materia probatoria. En este campo se hace imprescindible la necesidad de establecer ciertas garantías a los ciudadanos contra la potestad de investigación que ostentan los poderes públicos.

En un origen, la Ley de Enjuiciamiento Criminal marcaba una amplia y rigurosa regulación sobre la actividad probatoria, tanto en lo que se podía referir a la fase preliminar como a la fase del juicio oral, pero dicha regulación al cabo del tiempo se quedaba obsoleta en

¹ Según el artículo 283.2 LEC: “*Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.*”

² Conforme a lo dispuesto en el artículo 287 LEC: “*1. Cuando alguna de las partes entendiera que la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.*”

³ Como hemos visto en la nota al pie anterior el art.287 LEC establece como prueba ilícita aquella que ha sido admitida vulnerando los derechos fundamentales. La denuncia de la ilicitud recaerá sobre las partes o de oficio, practicada por el juez. En ambos casos hay que tener claro que tendrá lugar la apertura de un incidente contradictorio. CUADRADO SALINAS, Carmen. “La prueba ilícita en el proceso civil”. *Práctica de Tribunales*. Nº 76, 2010, pág. 11.

⁴ GINER ALEGRÍA, César A. Prueba prohibida y prueba ilícita. *Anales de Derecho*. 2008, nº26, pág.579.

⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús M^a. El proceso penal español y prueba ilícita. *Revista de Derecho*. Diciembre 2005, vol. XVIII. Nº2, págs. 187- 188.

ciertos ámbitos por diversos motivos, como podían ser el desconocimiento de los nuevos medios e instrumentos de investigación⁶ o, incluso, la falta de actualización de la doctrina sobre las garantías en estas materias, sobre todo en lo que se refería a garantías respecto a la licitud de la prueba.

Llegados a este punto, es importante determinar si nos encontramos ante un proceso penal basado en un sistema legal de prueba ilícita, las notas características, las condiciones y sus deficiencias. Esto es a lo que nos dedicaremos a lo largo de este trabajo⁷.

1.2. Concepto de prueba ilícita.

El objeto de estudio de este trabajo se encuentra inmerso en una gran batalla terminológica entre la doctrina y la jurisprudencia, donde es frecuente que se usen de manera indistinta los términos⁸ prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegal o prueba clandestina, entre otros⁹. Señalando que en la realidad usamos como sinónimos los términos ilícitos e ilegal, que identificamos como aquello que es “*contrario a Derecho*”¹⁰.

La Real Academia Española nos brinda 14 acepciones de la palabra “prueba”¹¹, entre las que nos encontramos con las siguientes: “*razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo.*” O “*justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley.*”

⁶ Se advierten ahora los medios de prueba electrónicos, donde se incluyen correos electrónicos, comunicaciones electrónicas, páginas web, pen drives, discos duros, ordenadores, etc. Esto se debe a la evolución tecnológica que hemos sufrido en los últimos años y, en concreto, a lo que los expertos denominan como la cuarta revolución industria inteligente.

⁷ GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús M^a. *El proceso penal español...* op. cit., pág. 188

⁸ También se utilizan los términos prohibiciones probatorias, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, etc.

⁹ LÓPEZ RAMÍREZ, Antonio. *La prueba ilícita penal*. 1^a Edición. Tirant lo Blanch, Ciudad de México 2019, pág. 205.

¹⁰ En este sentido, autoras como PASTOR BORGONÓN prefieren decantarse por el término “prohibiciones probatorias”. Aunque, tal y como afirma en su artículo existen numerosos autores que se consideran contrarios a esta tendencia, al considerar que el derecho penal no está constituido a base de prohibiciones, sino que se constituye por mandatos para el modo de proceder. Aun así, PASTOR BORGONÓN continúa expresando que “empleamos el término de “prohibiciones probatorias” porque ponemos el acento en las consecuencias procesales de la vulneración de las restricciones que el ordenamiento impone a la conducta de búsqueda y recogida de fuentes de prueba y de incorporación de estas al proceso”. PASTOR BORGONÓN, Blanca. “Eficacia en el proceso de las pruebas obtenidas ilícitamente”. *Justicia: revista de derecho procesal*. 1986, n^o2, pág. 338.

¹¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23^a ed. Versión 23.5 [en línea] [Fecha de consulta: 25/11/2021] [<https://dle.rae.es>]

En el proceso penal, la prueba es aquella actividad que tiene como finalidad conseguir convencer al juez o tribunal sobre la realidad de los hechos presentados durante un proceso, que responde al aforismo latino “*da mihi factum, dabo tibi ius*”¹² cuya traducción al castellano sería “*dame los hechos, yo te daré el derecho*”¹³.

Numerosos autores sostienen que entrar a debatir sobre la irregularidad de una prueba poco tiene que ver con la ilegalidad o la ilicitud de esta, al entender estos dos últimos conceptos en un sentido más amplio, es decir, consideran que toda ilicitud es una irregularidad, pero no toda irregularidad es una ilicitud¹⁴.

A este respecto cabe señalar que la definición de prueba irregular es “*aquella prueba que ha sido obtenida, propuesta o practicada incurriendo en una infracción procesal del procedimiento probatorio, sin afectar directamente a derechos fundamentales*”¹⁵.

Por tanto, podemos considerar que existen tres manifestaciones de la prueba irregular¹⁶. En primer lugar, podemos hablar de una forma insustancial de la prueba irregular, esto ocurre cuando dicha irregularidad no afecta a la validez de la prueba. Ninguna prueba es intachable, siempre podemos encontrar, por pequeña que sea, alguna anomalía. No aceptar estas pequeñas alteraciones nos llevaría a proclamar la impunidad sobre los hechos relacionados con estas pruebas¹⁷. Una segunda manifestación de la irregularidad probatoria sería la propia prueba ilegal. Por último, tenemos que mencionar la prueba ilícita.

Se denomina prueba ilícita aquella cuya fuente probatoria está infectada debido a que se ha vulnerado un derecho fundamental o porque el medio probatorio también contiene una

¹² Para comprender la magnitud de este principio recomendamos la lectura de la STS 783/1998, de 2 de septiembre, F.D 2º, (REC 1300/1994) donde se expone que no fue respetado dicho principio por el juez.

¹³ ROMÁN PUERTA, Luis. “La prueba en el proceso penal”. *Aldaba: revista del Centro Asociado de la UNED de Melilla*. 1995, nº24, pág. 47.

¹⁴ LÓPEZ RAMÍREZ, Antonio. *La prueba...* op. cit., pág. 205

¹⁵ IBERLEY. *La prueba irregular en el proceso penal*. [en línea] [Fecha de consulta 16/09/2021]. [<https://www.iberley.es/temas/prueba-irregular-proceso-penal-63116>]

¹⁶ LÓPEZ RAMÍREZ, Antonio. *La prueba...* op. cit., pág. 205

¹⁷ Es decir, se trataría de pruebas expresamente prohibidas por la ley al existir una norma que contiene una prohibición. Nos encontraríamos con prohibiciones como: aquellas prohibiciones legales que tengan un carácter general mientras sean referidas a un medio de prueba abstracto, prohibiciones legales que tengan carácter general y que se refieren a un medio concreto de prueba. Dentro de estas últimas podemos numerar algunas prohibiciones como aquellas que afectan al objeto de la investigación por ser secreto o de carácter reservado, prohibiciones que afectan a los propios métodos de investigación o prohibiciones referentes a los propios medios de prueba. SIMARRO PEDREIRA, Margarita. *La prueba prohibida: ¿del pasado ordálico al futuro garantismo? La doctrina y jurisprudencia al descubierto*. Tesis Doctoral. Editorial Reus, Madrid, 2020, págs. 184 y 185.

trasgresión de dichos derechos. Este concepto encuentra su fundamentación en los siguientes preceptos. De un lado, nos encontramos fundamentación en el artículo 7.1 de la LOPJ¹⁸ donde se expresa que los derechos y libertades que se reconocen en el Capítulo II del Título I de la Constitución Española vinculan y están garantizados por la actuación de Jueces y Tribunales.

De otro lado, debemos añadir como fuentes principales de la ilicitud probatoria tanto el artículo 11.1 LOPJ como el artículo 287 LEC de los cuales se extraen que toda prueba que sea obtenida a causa de la contravención de un derecho fundamental será considerada nula y, en consecuencia, serán nulas tanto la valoración como apreciación y, en ningún caso podrán ser usadas por los tribunales para fundamentar sobre ella una sentencia condenatoria.¹⁹

Con anterioridad a la entrada en vigor del mencionado artículo 11.1 de la LOPJ solo contábamos con previsiones a modo general dentro de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, dichas previsiones se referían a la “nulidad de actos procesales”, éstas debían ser completadas con la regulación básica que se contenía en el artículo 6.3 CC que declara nulas todas aquellas actuaciones que se consideren contrarias a las leyes.

Sin embargo, todo lo dispuesto anteriormente se ve empañado por la sobra del artículo 283.3 de la LEC²⁰ que reza: “*Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley*”²¹. La redacción de este apartado introduce la interpretación restrictiva²² del concepto de prueba ilícita, del que hablaremos más adelante. E impone al juez que sólo pueda admitir aquellas pruebas que sean pertinentes y útiles, conforme a lo dispuesto en los apartados primero y segundo del mencionado artículo 283 LEC²³ y, además, que no hayan sido prohibidas por ninguna ley.

¹⁸ GINER ALEGRÍA, César A. *Prueba prohibida...* op. cit., pág.579.

¹⁹ Recomendamos la lectura de la Sentencia 81/98, FJ 3º. Esta evita la aplicación del artículo 11.1 LOPJ argumentando que no existe conexión de antijuridicidad, por lo que, al no estar contaminada la prueba derivada, evita al citado precepto y admite que ese hecho sea probado a través de otros medios de prueba que, si bien se encuentran causalmente conectados con la ilicitud originaria, no lo están jurídicamente.

²⁰ Tanto el artículo 283.3 de la LEC como el alcance de la prueba ilícita que en este se plantean se aplicarán en el proceso penal en virtud de lo dispuesto del artículo 4 de la misma ley.

²¹ PICÓ I JUNOY, Joan. La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal. En: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume. *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2016, págs. 287- 295.

²² Como veremos en el siguiente apartado, esta interpretación es totalmente contraria a la establecida por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia.

²³ Hemos podido observar que dicho artículo se refiere a la inadmisión de una prueba cuando el juez estime que es impertinente, por el contrario, el art.287 LEC recoge la inadmisión de pruebas que vulneren derechos fundamentales. La conclusión que se obtiene es que aquellas pruebas que no se encuentren recogidas en estos

La Sala 2ª del Tribunal Supremo distingue dos orientaciones diferenciadas²⁴. En primer lugar, la jurisprudencia mayoritaria sostiene la concepción restrictiva²⁵ del concepto de prueba ilícita. Así, por ejemplo, el Auto de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, del 18 de junio de 1992, en el F.J 4º declara: *“nadie niega en España la imposibilidad constitucional y legal de la valoración de las pruebas obtenidas con infracción de Derechos Fundamentales por la colisión que ello entrañaría con el Derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 CE) y con el art.11 de la LOPJ. No toda la infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas puede conducir a esa imposibilidad, hay que concluir que solo cabe afirmar que existe prueba prohibida cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales. En este sentido debe resolverse el problema a través de la llamada “ponderación de intereses involucrados” que en otras ocasiones ha utilizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y esta Sala”*.

Para una parte de la doctrina la prueba ilícita es aquella prueba que *“atenta contra la dignidad de las personas, es decir, contra la dignidad humana”*²⁶. En este sentido, debemos recordar que el artículo 10.1 CE²⁷ dispone que la dignidad de la persona junto con otros derechos fundamenta el orden político y la paz social²⁸.

A su vez, cabe hacer mención lo que disponía el artículo 549 del Proyecto de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1974, que sobre el título *“medios de prueba inadmisibles”* estipula que *“el tribunal no admitirá los medios de prueba*

artículos serán consideradas ilegales y no ilícitas, lo que conlleva que puedan haber sido inadmitidas desde el principio o, que hayan sido admitidas, practicadas y valoradas. CUADRADO SALINAS, Carmen. *La prueba...* op. cit., págs. 11 y 12.

²⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2ª Edición. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004, págs.25 y 26.

²⁵ La jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo sostiene una interpretación restrictiva del concepto de prueba ilícita, cabe señalar lo dispuesto en la STS 7033/1991, de 16 de diciembre, F.J 1º, cuyo tenor literal es el siguiente: *“por prueba legítimamente obtenida no debe entenderse tan solo aquella que se acomode a las exigencias constitucionales de no atentar, directa o indirectamente, contra los derechos fundamentales, sino también aquella que cumple las concretas garantías que para su práctica establece la legalidad procesal ordinaria”*.

²⁶ PICÓ I JUNOY sostiene esta teoría en diversas obras que ha escrito, entre las que nos encontramos *“El derecho a la prueba en el proceso civil”* o *“Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas”*.

²⁷ Según el artículo 10.1 CE: *“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”*

²⁸ GINER ALEGRÍA, César A. *Prueba prohibida...* op. cit., pág. 580

que se hayan obtenidos por la parte que los proponga o por terceros empleando procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona.” A este respecto, se considera que la pieza fundamental del concepto de prueba ilícita es, por tanto, la dignidad de la persona y, en consecuencia, toda aquella prueba que se obtenga atentando a dicha dignidad será ilícita e inadmisibile en cualquier tipo de procedimiento²⁹.

No debemos, ni queremos, olvidarnos de la interpretación que hace TARUFFO sobre el concepto de prueba ilícita disponiendo que es “*aquel medio de prueba preconstituido para cuya obtención se han infringido normas de derecho sustantivo sancionables*”. La influencia de este autor es notoria, sobre todo en PICÓ I JUNOY señalando que TARUFFO aplica una interpretación restrictiva de la prueba ilícita, al entender que solo se aplica cuando en su obtención se vulnera un derecho fundamental “de igual categoría que el derecho a la prueba”³⁰.

1.3. Diferencias entre prueba ilícita y prueba prohibida³¹.

No existe uniformidad a la hora de emplear la misma terminología, como ya mencionábamos en el apartado anterior, sino que existe un debate entre la doctrina y la jurisprudencia a este respecto. Existen multitud de términos que son utilizados indistintamente para denominar a la prueba ilícita³².

En la doctrina, GIMENO SENDRA³³ hace una distinción entre el concepto de prueba ilícita y el de prueba prohibida³⁴. En su opinión, la primera se refiere a cualquier prueba que

²⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba...* op. cit., pág.19.

³⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. “El concepto de prueba ilícita en Michele Taruffo”. *Justicia: revista de derecho procesal*. Nº2, 2021, págs. 45 y 47.

³¹ Como veremos en la nota a pie de página nº88, Beling acuña el término de prueba prohibida en su obra sobre las prohibiciones probatorias dentro del proceso penal. Sin embargo, este término se encuentra en continuo debate tal y como apunta GÓMEZ COLOMER, Juan L. “*El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*”. Editorial Bosch. Barcelona, 1985, pág. 133. Aquí pone de manifiesto que esta terminología procede de una incorrecta traducción del alemán, esto se debe a que la doctrina alemana solo lo usa en su plural, es decir, “prohibiciones” probatorias ya que existen numerosos supuestos.

³² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba...* op. cit., pág. 17 y 18.

³³ GIMENO SENDRA, Vicente. La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción. *Diario La Ley*. 2013, nº 8021. [en línea] [10/01/2022] [<https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/06/Prueba-ilícita-Gimeno-Sendra-debate-2.pdf>]

³⁴ Así, por ejemplo, la STC 50/2000, de 28 de febrero, en su F.J 2º utiliza la terminología prueba prohibida para referirse a la prueba ilícita utilizando, por tanto, indistintamente ambos términos: “*la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de los derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución (...)*”.

sea contraria a la ley (que la infrinja), la prueba prohibida es la consecuencia de la violación de normas constitucionales encargadas de tutelar los derechos fundamentales³⁵.

En cambio, lo que es considerado como prueba prohibida para GIMENO SENDRA, autores como DEVIS ECHANDÍA³⁶ lo incluye dentro del concepto de prueba ilícita, es decir, realiza una interpretación extensiva de dicho término. Más concretamente, establece que las pruebas ilícitas son aquellas que han sido prohibidas por la ley expresa o tácitamente o, que puedan atentar contra la moral y las buenas costumbres o que puedan llegar a coartar la dignidad y libertad de las personas o, que violen derechos fundamentales recogidos expresamente en la Constitución española.

En otro sentido, nos encontramos con la opinión de PICÓ JUNOY³⁷, que sostiene que ambos términos no son excluyentes, sino que el concepto de prueba prohibida incluye las consecuencias o efectos prohibitivos que tiene la prueba ilícita, en concreto se refiere a la prohibición de admisión y de valoración de las pruebas, se decanta por una interpretación restrictiva al considerarla más acorde al marco constitucional español. Afirma que esta interpretación restrictiva otorga una mayor eficacia y virtualidad a la aplicación del derecho a la utilización de los medios (más) pertinentes en materia probatoria.

Sin embargo, LÓPEZ DE QUIROGA³⁸ prefiere utilizar la terminología de prueba prohibida, basándose en que abarca un campo más amplio y general, es decir, volvemos a la interpretación extensiva de la terminología que usaba DEVIS ECHANDÍA. En este sentido, se puede apoyar en las Sentencias del Tribunal Constitucional 128 y 129/1993³⁹, de 19 de abril, que utilizaban la expresión “prueba prohibida” para referirse a las declaraciones que

³⁵ GINER ALEGRÍA, César A. *Prueba prohibida...* op. cit., pág. 579

³⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 6ª Edición. Bogotá. Editorial Temis. 2019, pág.299

³⁷ PICÓ I JUNOY, Joan. *La denuncia de la prueba ilícita...* op. cit., pág. 287 y 295.

³⁸ LÓPEZ DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: AKAL. 1989, pág. 29.

³⁹ Recomendamos la lectura de las siguientes Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional. La primera de las STC 128/1993, de 19 de abril, F.J 3º, es dictada por la Sala Primera. Se trata de un Recurso de amparo número 1919/1990 contra las resoluciones que había dictado el Juzgado de Instrucción Nº3 de Córdoba durante un procedimiento abreviado. El caso se basaba en una vulneración del derecho a ser defendido producido por una omisión de los trámites procesales que exige la LECrim por parte del órgano encargado de la instrucción, en concreto se vulneraba el derecho a ser informado de la condición de imputado.

había prestado una persona imputada en un proceso, sin tener conocimiento de la propia imputación⁴⁰.

MONTÓN REDONDO⁴¹, por otro lado, expone que la prueba ilícita deberá ser considerada solo aquella prueba “afectada por una conducta dolosa⁴²” en lo que se refiere al modo de obtenerla, es decir, aquella prueba que haya sido conseguida utilizando métodos fraudulentos o por conductas tipificadas como ilícitas.

Existen diversas causas que pueden dar lugar a la prueba ilícita, entre ellas nos encontramos que las pruebas sean legales, pero se hallen expresamente prohibidas, que las pruebas resulten irregulares o defectuosas⁴³.

Desde una perspectiva amplia del concepto y partiendo de la tesis que se sostiene en la doctrina italiana por CONSÓ⁴⁴, se expone que todas las normas que regulen las pruebas en los procesos penales son normas que garantizan el proceso para el acusado, es decir, que sirven como instrumento de defensa para este, por tanto, los autores que la apoyan defienden que toda violación de estas normas debe ser considerada una violación de las garantías del imputado y, en consecuencia, debe considerarse dichas pruebas como ilícitas⁴⁵.

Esta última teoría debe ser considerada como restrictiva si se compara con las teorías mencionadas anteriormente. Ya que reduce el término de prueba ilícita a aquella prueba que ha sido obtenida o practicada, aun sabiendo que supone una violación de derechos fundamentales. En España, el sector dominante de nuestra doctrina apoya esta última teoría.

Para fundamentar esta teoría se usa como base la STC 114/1984, de 29 de noviembre y el artículo 11.1 de la LOPJ. En consecuencia, solo podrán considerarse ilícita aquella prueba que vulnere los derechos fundamentales que se recogen en la Sección 1ª del Capítulo 2º del

⁴⁰ GINER ALEGRÍA, César A. *Prueba prohibida...* op. cit., pág.580

⁴¹ MONTON REDONDO, Alberto. “Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso”. *Salamanca: Departamento de Derecho Procesal de la Universidad*. 1977, pág. 174.

⁴² Principio general del derecho que establece que “el dolo no aprovecha a las personas que lo cometen”.

⁴³ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita: (un estudio comparado)*. Maracial Pons. 2009, pág.34

⁴⁴ Dicha doctrina italiana se encuentra recogida en CONSO, G. “Natura giuridica delle norme sulle prova nel processo penale”. *Rivista di Diritto Processuale*. 1970, págs. 1 y siguientes. Pero al no tener acceso a ella nos hemos guiado por lo dispuesto en GINER ALEGRÍA, César A. *Prueba prohibida...* op.cit., pág.580

⁴⁵ GINER ALEGRÍA, César A. *Prueba prohibida...* op. cit., pág. 580

Título I de la Constitución Española y el principio de igualdad que se recoge en el artículo 14⁴⁶ de la misma.

Tenemos que recordar, como bien dispone el Tribunal Constitucional en la STC 121/2004, de 12 de julio y en la STC 88/2004, de 10 de mayo, que la ilicitud de la prueba es un “*derecho de configuración legal*” por lo que el legislador puede ejercitarlo como considere oportuno.

A los efectos de nuestro trabajo, usaremos un concepto estricto de prueba ilícita. Consideramos que el concepto de prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida a causa de la vulneración de derechos fundamentales. De otro lado, las pruebas que sean obtenidas a causa de la omisión de los trámites establecidos en las leyes se consideraran pruebas irregulares⁴⁷.

2. GARANTÍAS DE LA LICITUD PROBATORIA.

En 1984 no existía una norma que abordase la prohibición de la ilicitud probatoria, hecho este que provocaba la dificultad de establecer una garantía constitucional. Cuando se atribuyese un rango legal a dicha garantía a través de una ley se daría paso a una garantía constitucional que desarrollaba un derecho recogido en el artículo 53.1⁴⁸ Constitución Española⁴⁹.

Por aquellos años, el Tribunal Constitucional sometido estrictamente a la Constitución y a las facultades que esta le otorgaba, tenía claros los límites que sus potestades no podrían sobrepasar. Idea que expone en la STC 114/1984 que señala lo siguiente dentro de su Fundamento Jurídico Tercero: “(*...*) *pues si la ilicitud en la obtención de la prueba fuera cierta y si fuese posible inferir de nuestro ordenamiento una regla que imponga su ineficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal materia probatorio pudo afectar a los derechos fundamentales del recurrente a un proceso con todas las*

⁴⁶ Recordar brevemente lo establecido en el artículo 14 CE. “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*”

⁴⁷ MOSQUERA BLANCO, Augusto J. La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero. *InDret*. Julio 2018 Vol. 3, pág.5.

⁴⁸ En el apartado primero del artículo 53 de la Constitución Española se dispone de manera literal que: “*los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)*”

⁴⁹ ASECIO MELLADO, José M^a. *La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita*. [en línea]. [23/10/2021] [<https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/10/16/la-stc-97-2019-de-16-de-julio-descanse-en-paz-la-prueba-ilicita>]

garantías (artículo 24.2⁵⁰ CE) y, en relación con ello, al derecho a la igualdad de las partes en el proceso (artículo 14 CE).”

De este fundamento, según lo dictado por el Tribunal, se extrae que si existiese una prueba que hubiese sido obtenida por vulneración a derechos fundamentales y existiese una norma que regulase dicha cuestión y sus efectos, se daría lugar a la nulidad de dicha prueba.

El problema, según establecía el propio Tribunal Constitucional, radicaba en la inexistencia de una norma que lo regulase expresamente, teniendo que buscar otra regulación que pudiese ser aplicable para la inadmisión de las pruebas ilícitas. Porque de existir dicha norma hubiese podido proclamar que existía una garantía que encuentra su base en el artículo 24.2 CE.

Este Tribunal decidió optar por alegar que, aunque no existiera una norma, esto no debería ser un impedimento para que existiese una regla que dispusiese la inadmisibilidad de este tipo de pruebas. Alegó que, sobre la base del artículo 53.1 CE existía una garantía constitucional para la existencia de dicha prohibición que más tarde sería recogida por la normativa de desarrollo⁵¹.

La garantía de prohibición de la prueba ilícita no fue establecida por la jurisprudencia, debido a que el Tribunal Constitucional no tiene la potestad de crear derechos, sino que únicamente cuenta con la potestad para reconocerlos e incluso llegar a delimitarlos para que no puedan producirse violaciones. Sino que esta encuentra su fundamento en la garantía que establece el propio artículo 24.2 CE, como hemos mencionado anteriormente.

En conclusión, el Tribunal Constitucional, o en su caso, las sentencias que este dicte no pueden crear nuevos derechos, así pues, hablar de creación en estos casos daría lugar a un error procesal básico.

De otro lado, debemos plantearnos si dicho Tribunal puede transgredir el mencionado artículo 11.1 de la LOPJ, estrechando el significado y la eficacia que le es otorgada por el legislador. Para poder establecer límites a derechos fundamentales, la doctrina constitucional

⁵⁰ Debemos acudir al artículo 24 de la Constitución Española en su apartado segundo que reza: *“asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”*

⁵¹ ASECIO MELLADO, José M^a. *La STC 97/2019...* op. cit., págs. 3 y 4.

(en su versión estable y pacífica) ordena que exista una norma que tenga rango de ley orgánica⁵² que contemple dichas demarcaciones y, que ostente las características tales como la de accesibilidad y previsibilidad que eludan cualquier tipo de indefensión que se puedan producir sobre los ciudadanos y frente al Estado.

Dichas notas características no son reunidas por la jurisprudencia, lo que conlleva que no sea considerada como fuente del derecho capaz establecer normas que justifiquen, de manera constitucional, la limitación de derechos fundamentales. Esta idea es apoyada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias sobre los asuntos “HUVIG⁵³” y “KRUSLIN⁵⁴”, en ellas sostiene que solo existe un supuesto en el que la jurisprudencia y la ley podrían ser equiparadas para establecer las limitaciones a los derechos fundamentales y, sería en el caso de que *“la ley no fuese fragmentaria y se hubiera dictado con anterioridad a la intromisión en el derecho”*⁵⁵.

En conclusión, como ya hemos visto en los párrafos anteriores, si no hubiese una ley que contemplase la restricción de los derechos, no los Tribunales no podrían crearlo. Idea apoyada y establecida en la STC 184/2003, de 23 de octubre, dictada por el pleno, que reza lo siguiente en su F.J 6º apartado a), donde se analiza si las carencias contempladas en el artículo 579 LECrim suponen una vulneración del mencionado derecho al secreto de las comunicaciones, apuntando:

«Como este Tribunal recordó en la STC 49/1999, de 5 abril, FJ 4, "por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal". Continúa: *"esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la*

⁵² Establecido en el artículo 81 CE, que reza lo siguiente: *“1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.”*

⁵³ Los asuntos Huvig y Kruskin contra Francia sirven como base al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para elaborar una doctrina sobre las escuchas telefónicas, en concreto sobre el derecho al secreto de las comunicaciones contemplado en el artículo 8 CEDH. Por primera vez, el TEDH establece que se deben incluir una serie de garantías en esta materia entre las que se encuentran la identidad de los sujetos afectados, los números de teléfonos que van a ser intervenidos y el tiempo necesario.

⁵⁴ En este sentido, recomendamos la lectura del análisis que hace DE PRADA SOLAESA, José R. “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Valenzuela Contreras y Castillo Algar contra España.” Disponible en PDF en *Dialnet*.

⁵⁵ ASECIO MELLADO, José Mª. *La STC 97/2019...* op. cit., pág.14

regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos 'únicamente al imperio de la Ley' y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas"»

*«Por consiguiente, la injerencia en los derechos fundamentales sólo puede ser habilitada por la "ley" en sentido estricto, lo que implica condicionamientos en el rango de la fuente creadora de la norma y en el contenido de toda previsión normativa de limitación de los derechos fundamentales STC 169/2001, de 16 julio, FJ 6».*⁵⁶

Actualmente, la materia probatoria es una de las pocas materias que cuenta con una especial garantía dentro del proceso jurisdiccional. El fin que se persigue, que es la Justicia, no está dispensado de límites, es por ello, que se necesitan imponer fronteras a su ejercicio, siempre respetando la protección de aquellos intereses que necesiten una especial tutela jurídica. Los procesos penales no están desprovistos de regulación, sino que buscan garantizar la igualdad individual, tal y como señala COUTURE *“el proceso (civil o penal) ampara al individuo y lo define del abuso de la autoridad del juez, de la prepotencia de los acreedores o de la saña de los perseguidores”*⁵⁷.

2.1. Régimen jurídico de la ilicitud de la prueba.

Existen multitud de dificultades a la hora de determinar cuál es el mejor momento para manifestar que la exclusión de una prueba que haya sido obtenida de manera ilícita. Esto se debe a que entran en juego tanto el momento procesal como los intereses contrapuestos de las partes. Intentaremos dar luz sobre estos aspectos en este apartado⁵⁸.

⁵⁶ ASENCIO MELLADO, José M^a. *La STC 97/2019...* op. cit., pág.15

⁵⁷ GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús M. *El proceso penal...* op. cit., págs.187- 211.

⁵⁸ BARRIENTOS, Jesús M^a. *Medidas de investigación tecnológicas.* [en línea] [22/11/2021] [<https://vlex.es/vid/disposiciones-comunes-589559366>]

2.1.1. *Supuestos de obtención de prueba ilícita en el proceso penal español.*

Numerosos son los derechos fundamentales que se pueden ver afectados por la admisión de una prueba ilícita en un proceso. Para protegerlos se debe acudir a la garantía constitucional de inadmisibilidad de la prueba. Entre los derechos que pueden ser considerados más vulnerables nos encontramos con los recogidos en los artículos 15⁵⁹, 17⁶⁰ y 18⁶¹ de la Constitución Española⁶².

Al margen de los derechos constitucionales, con la admisión de dichas pruebas se pueden ver vulnerados determinadas garantías procesales, como puede ser el derecho a no declarar contra sí mismo o sin la presencia de un abogado.

DIAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES ven necesario prestar especial atención a las detenciones ilegales, dentro de las violaciones de derechos fundamentales en este trámite procesal. Todo esto debe estar relacionado con la teoría de “unidad de acto” y las consecuencias que esto conlleve en las detenciones.

2.1.2. *Momento en que ocurre la ilicitud probatoria.*

Para comprobar cuando los vicios o cuando es más probable que sucedan tenemos que situarnos sobre las fases del proceso penal español. Este puede considerarse como un proceso acusatorio formal o mixto, donde la fase de investigación y de persecución del delito está reservado para las fuerzas de autoridad marcadas por la ley. Resulta necesario aclarar si se requiere de una previa denuncia donde se pida la ilicitud de la prueba, por parte del sujeto legitimado, también debemos hacer referencia al momento concreto para hacerlo y del órgano competente⁶³.

Tal y como hemos expuesto a lo largo del trabajo, la prueba ilícita por afectar a Derechos Fundamentales debe ser excluida del proceso al ser nula de pleno derecho, sin

⁵⁹ A modo ilustrativo tenemos que recordar lo dispuesto en el artículo 15 CE: “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral (...)*”

⁶⁰ Otro derecho especialmente vulnerable es el que se encuentra en el artículo 17 CE: “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad (...)*”

⁶¹ A su vez el artículo 18 CE establece que: “*1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (...)*”

⁶² ALDAY LÓPEZ CABELLO, Fernando. *La regla de exclusión de la prueba ilícita en España, estudio comparado con la actualidad Mexicana*. Tesis Doctoral. Universitat de Girona. Girona. 2018, pág. 112 y 113.

⁶³ LÓPEZ RAMÍREZ, Antonio. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 251 y 252.

embargo, la prueba ilegal sí puede llegar a surtir efectos en el proceso siempre que sea saneada.

a. Modo de actuación.

LÓPEZ RAMÍREZ sostiene que la prueba ilícita no necesita de previa denuncia de los afectados para ser excluida del proceso debido a la posición dominante que tienen los Derechos Fundamentales dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Sin previa denuncia por parte de los interesados puede el Ministerio Fiscal o el Juez, inadmitir la prueba, a su vez, el juez de instrucción puede considerar no valorar la prueba en la fase del juicio oral. PASTOR BORGONÓN dispone lo mismo en su artículo, alegando que en cuanto el juez tenga conocimiento de los hechos debe rechazar de oficio las pruebas “*ya que la naturaleza imperativa de las normas que establece la prohibición probatoria lo impone así*”⁶⁴. LÓPEZ RAMÍREZ continua su exposición añadiendo que cuando se detecte una evidencia ilícita hay que otorgar una audiencia a las partes para garantizar el derecho de contradicción para no generar indefensión a la parte afectada⁶⁵.

Es durante la fase de investigación, llevada a cabo por la policía, o en la fase de instrucción, donde ya se nota la presencia del juez debido a que es quien la ordena y controla, donde se da lugar a gran parte de violaciones de los derechos fundamentales en relación con la materia probatoria, por ser, el momento donde se recopilan todos los elementos probatorios que darán lugar a la fundamentación del proceso⁶⁶.

El texto del artículo 11 de la LOPJ no concreta el alcance que puede tener el concepto de “obtención”, debido a esto, doctrina y jurisprudencia se han visto obligadas a debatir sobre el alcance de este. Este debate ha dado lugar a numerosas posturas a cerca del momento en que puede darse la ilicitud de la prueba⁶⁷. La importancia de determinar el momento en que esto sucede se debe al criterio temporal.

⁶⁴ PASTOR BORGONÓN, Blanca. “Eficacia... op. cit., pág. 363.

⁶⁵ LÓPEZ RAMÍREZ, Antonio. *La prueba ilícita...* op. cit., pág.252.

⁶⁶ ALDAY LÓPEZ CABELLO, Fernando. *La regla de exclusión...* op. cit., págs. 113 a 116.

⁶⁷ Destacamos, llegados a este punto, la STC n° 64/1986, de 21 de mayo, F.J. 2° que sostiene que la inadmisibilidad de las pruebas que vulneren derechos fundamentales solo puede darse cuando dicha vulneración se produzca al momento de obtenerlas “*pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él*”.

Según lo dispuesto en el tenor literal del artículo 240.2⁶⁸ de la LOPJ “*el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular*”. Una vez hemos llegado al trámite de audiencia la nulidad de una actuación concreta puede llevar consigo notables secuelas, llegando incluso a dar lugar al sobreseimiento del proceso.⁶⁹

De otro lado, el apartado primero del artículo 240⁷⁰ LOPJ reza que “*la nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.*”

b. Proceso ordinario.

Existen diversas posibilidades dependiendo del proceso en que nos encontremos. Analicemos ahora cada uno de ellos. En el proceso ordinario no existe ningún tipo de previsión legal que regule el trámite por el que se puede llevar a cabo tanto la reclamación como la resolución de la nulidad.

Es durante la fase de instrucción, donde se puede discutir, pero siempre acudiendo a la vía del recurso contra el auto que dicte el procesamiento. Hablamos de trámite de instrucción porque como hemos visto no existe un momento determinado donde pueda tramitarse.

Una vez planteada la nulidad, deberá ser resuelta tanto por el juez encargado de la instrucción, a través del recurso de reforma, como la Audiencia Provincial, en el recurso de apelación.

⁶⁸ Artículo 240.2 LOPJ: “2. *Sin perjuicio de ello, el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular. En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal.*”

⁶⁹WOLTERS KLUWER. “Prueba ilícita (proceso penal)”. [en línea][Fecha de consulta][<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkMTS0MjQ7Wy1KLizPw8WyMDQ0tDQyNTkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAGnJuN01AAAAWKE#I5>]

⁷⁰ Artículo 240.1 LOPJ: “1. *La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.*”

Finalizada la fase de instrucción, se puede pedir la instrucción de las futuras pruebas por la vía del artículo 627⁷¹ LECrim. Pero, como no aparece regulado, también puede pedirse la nulidad en la fase de conclusiones provisionales. La doctrina sostiene que no es momento procesal oportuno para pedir dicha nulidad por vulneración de derechos fundamentales, debido a que el artículo 659⁷² LECrim establece que será el juez el encargado de examinar y admitir las pruebas que han propuesto las partes, siempre y cuando sean oportunas, rechazando aquellas que no lo sean. Una vez tenemos claro que se rechazaran aquellas pruebas que no sean oportunas para el proceso, tenemos que preguntarnos si dentro de estas se incluyen las pruebas ilícitas, a este respecto, tenemos que dar una respuesta negativa ya que la pertinencia de una prueba y la declaración de ilicitud de otra son cosas diferentes. Cuando hablamos de pertinencia hacemos referencia a la viabilidad de la admisión de las pruebas en relación con los hechos litigiosos, de otro lado, cuando hablamos de declaración de ilicitud hacemos referencia, como hemos visto, a la declaración de vulneración de derechos fundamentales⁷³.

BAÑERES SANTOS sostiene que el auto que se adopta, en base a los artículos 659 y 785⁷⁴ LECrim, lo hace sin que exista replica alguna. Consiste en la aportación de los escritos de las partes sin que se pueda dar lugar a debate sobre la supuesta ilicitud y, por tanto, no podría ser aquí donde se debería resolver.

La doctrina mayoritaria establece que para dar lugar a la discusión y resolución de la nulidad de las pruebas se debería hacer una ampliación de los artículos de previo pronunciamiento. De aquí se desprende que estos artículos se pueden considerar un *numerus apertus*. La FGE apoya esta corriente y, así lo comunica en la Circular 1/1999 dentro del Capítulo V, donde indica que los Fiscales deben fomentar el uso de los incidentes de nulidad, a través del procedimiento que marcan los artículos de previo pronunciamiento, siempre y

⁷¹ Artículo 627 LECrim: “*Transcurrido dicho término, el Secretario judicial pasará los autos para instrucción por otro, que no bajará de tres días ni excederá de diez (...).*”

⁷² Artículo 659 LECrim: “*Devuelta que sea la causa por el Ponente, el Tribunal examinará las pruebas propuestas e inmediatamente dictará auto, admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás (...). Contra la en que fuere rechazada o denegada la práctica de las diligencias de prueba podrá interponerse en su día el recurso de casación, si se prepara oportunamente con la correspondiente protesta (...).*”

⁷³ WOLTERS KLUWER. *Prueba ilícita...* op. cit., pág. 4

⁷⁴ El artículo 785 de la LECrim sostiene que será el Juez o el Tribunal el encargado de examinar las pruebas que se hayan propuesto dictando, tras esto, un auto en el que mencionará las pruebas que hayan sido admitidas y las que hayan sido rechazadas. También dispone que contra dicho acto no cabe recurso, pero se pueden reproducir las peticiones en el acto del juicio oral (siempre y cuando se realicen al inicio).

cuando esté basado en la posible vulneración de derechos fundamentales dentro de la investigación criminal.

En cambio, el Tribunal Supremo, en su sentencia STS de 7 de junio de 1997, establece que los artículos de previo pronunciamiento⁷⁵ deben ser considerados como *numerus clausus*, evitando así que sean ampliados⁷⁶.

MAGRO SERVET apunta a que solo cabría plantear el incidente de nulidad al comienzo del juicio oral, de la misma manera que ocurre en el procedimiento abreviado, así el Tribunal se verá obligado a pronunciarse en la sentencia, de manera motivada, tanto la admisión como la inadmisión de la prueba cuestionada, pero debe haberse pronunciado con carácter previo durante la celebración del juicio oral, haciéndolo constar en el acta.

c. Proceso abreviado.

En el procedimiento abreviado sí que existe la posibilidad de promover, ante el órgano encargado de dictar sentencia, “la vulneración de un derecho fundamental” junto con la “nulidad de actuaciones, tal y como recoge el artículo 786.2⁷⁷ LECrim. El momento en el que debe realizarse es en las llamadas cuestiones previas o en el turno de intervenciones de las partes.

El problema que surge ahora es cuando se resolverá y si cabe algún recurso contra dicha resolución. De la jurisprudencia mayoritaria deducimos que dichas cuestiones deben ser resueltas en el acta del juicio, aunque donde se espera una mayor motivación es en la sentencia. Cuando exista una mayor complejidad que pueda dar lugar a la suspensión de actuaciones del juicio se debe dictar un auto que resuelva de manera detallada y razonada las cuestiones planteadas, incluyéndolo en la sentencia no siendo posible la interposición de recurso de casación.

⁷⁵ Artículo 666 LECrim: “Serán tan sólo objeto de artículos de previo pronunciamiento las cuestiones o excepciones siguientes: 1.ª La de declinatoria de jurisdicción. 2.ª La de cosa juzgada. 3.ª La de prescripción del delito. 4.ª La de amnistía o indulto. 5.ª La falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y a Leyes especiales.”

⁷⁶ WOLTERS KLUWER. *Prueba ilícita...* op. cit., pág. 5 y 6.

⁷⁷ Artículo 786.2 LECrim: “2. El Juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y de defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas. Frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia.”

Sí que cabe interponer el correspondiente recurso contra la sentencia, donde se pueden hacer las alegaciones que resulten oportunas a cerca de la supuesta vulneración, siempre y cuando exista una previa protesta en el acto donde se desestimó⁷⁸.

A pesar de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la posibilidad de poder plantear la nulidad antes del juicio, la opinión mayoritaria de la doctrina establece que se puede plantear en las conclusiones definitivas, cuando dichas conclusiones tengan relación directa con lo que se desprende de los medios de prueba practicados y, siempre que no haya sido advertido anteriormente.

d. Proceso ante el Tribunal del Jurado.

Cuando nos encontramos en un procedimiento ante el Tribunal del Jurado, el artículo 678⁷⁹ LECrim establece que, si en las cuestiones previas ya han sido alegadas las vulneraciones de los derechos fundamentales y, resultan desestimadas por el Magistrado, estas no podrán volver a reproducirse en el juicio oral. Pero sigue existiendo la posibilidad de que pueda ser recurrida la sentencia donde se desestime.

Una cuestión que se plantea es si podría plantearse la nulidad en otro momento procesal, cuando no se hubiesen podido apreciar en las cuestiones previas que prevé el art.36⁸⁰ de la LOTJ.⁸¹

MAGRO SERVET sostiene que no debería existir ningún impedimento a la hora de plantear alguna cuestión previa que no hubiese sido planteada en el debido momento, ya que al contrario de lo que se deduce del artículo 978⁸² LECrim (derogado), en relación con el

⁷⁸ WOLTERS KLUWER. *Prueba ilícita...* op. cit., pág. 6

⁷⁹ Artículo 678 LECrim: “Las partes podrán reproducir en el juicio oral, como medios de defensa, las cuestiones previas que se hubiesen desestimado, excepto la de declinatoria. Lo anterior no será de aplicación en las causas competencia del Tribunal del Jurado sin perjuicio de lo que pueda alegarse al recurrir contra la sentencia.”

⁸⁰ Artículo 36 LOTJ: “1. Al tiempo de personarse las partes podrán: a) Plantear alguna de las cuestiones o excepciones previstas en el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o alegar lo que estimen oportuno sobre la competencia o inadecuación del procedimiento. b) Alegar la vulneración de algún derecho fundamental. c) Interesar la ampliación del juicio a algún hecho respecto del cual hubiese inadmitido la apertura el Juez de Instrucción. d) Pedir la exclusión de algún hecho sobre el que se hubiera abierto el juicio oral, si se denuncia que no estaba incluido en los escritos de acusación. e) Impugnar los medios de prueba propuestos por las demás partes y proponer nuevos medios de prueba. En este caso, se dará traslado a las demás partes para que en el término de tres días puedan instar por escrito su inadmisión. 2. Si se plantease alguno de estos incidentes se le dará la tramitación establecida en los artículos 668 a 677 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

⁸¹ WOLTERS KLUWER. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 6

⁸² Artículo 978 LECrim derogado actualmente por la Ley 10/1992, de 30 de abril.

artículo 42⁸³ de la LOTJ, puede alegarse al inicio del juicio al no haberse agotado en momento anterior⁸⁴.

Existe una parte del sector doctrinal que ponen en duda que resolver anticipadamente las cuestiones pueda resultar positivo, a este respecto BAÑERES ANTOS cita a DEL MORAL que alega que hay: *“situaciones en que la determinación respecto a la licitud o ilicitud de una prueba dependerá del desarrollo del juicio y de lo que resulte de la práctica de otras pruebas, aludiendo, por ejemplo al caso de una violación de domicilio en el que las pruebas allí obtenidas, para ser consideradas totalmente validas, dependerán de si el hecho fue o no un delito flagrante, cuestión que no puede ser dilucidada sin celebrar el juicio oral”*.

Lo establecido anteriormente no debe impedir que, durante la instrucción, este juzgado pueda declarar la ilicitud de las pruebas. Según lo establecido en el artículo 25.3⁸⁵ LOTJ no se puede impedir que la defensa plante el sobreseimiento sobre alguna diligencia por considerarla ilícita, al igual que puede llegar a plantearse en la audiencia preliminar según lo establecido en el artículo 31⁸⁶ LOTJ.

2.1.3. Efectos de la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita.

En el artículo 11.1 LOPJ, en su parte final nos dice que: *“no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*⁸⁷. Esta definición no se corresponde con la primera definición que registraba

⁸³ Artículo 42 LOTJ: *“1. Tras el juramento o promesa, se dará comienzo a la celebración del juicio oral siguiendo lo dispuesto en los artículos 680 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 2. El acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores.”*

⁸⁴ WOLTERS KLUWER. *Prueba ilícita...* op. cit., pág. 7

⁸⁵ Artículo 25.3 LOTJ: *“3. En la citada comparecencia, el Juez de Instrucción comenzará por oír al Ministerio Fiscal y, sucesivamente, a los acusadores personados, quienes concretarán la imputación. Seguidamente, oirá al letrado del imputado, quien manifestará lo que estime oportuno en su defensa y podrá instar el sobreseimiento, si hubiere causa para ello, conforme a lo dispuesto en los artículos 637 ó 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En sus intervenciones, las partes podrán solicitar las diligencias de investigación que estimen oportunas.”*

⁸⁶ Artículo 31 LOTJ: *“1. En el día y hora señalados se celebrará la audiencia preliminar comenzando por la práctica de las diligencias propuestas por las partes. 2. Las partes podrán proponer en este momento diligencias para practicarse en el acto. El Juez denegará toda diligencia propuesta que no sea imprescindible para la adecuada decisión sobre la procedencia de la apertura del juicio oral. 3. Terminada la práctica de las diligencias admitidas, se oirá a las partes sobre la procedencia de la apertura del juicio oral y, en su caso, sobre la competencia del Tribunal del Jurado para el enjuiciamiento. Las acusaciones pueden modificar los términos de su petición de apertura de juicio oral, sin que sea admisible la introducción de nuevos elementos que alteren el hecho justiciable o la persona acusada.”*

⁸⁷ ASENCIO MELLADO apoya directamente lo dispuesto en este artículo alegando que las pruebas indirectamente obtenidas deben ser establecidas como nulas *“por el hecho exclusivo de ser derivadas, es decir, dependientes o conexas, causalmente obtenidas de las originarias.”* Añadiendo que *“si la prueba directa es*

el proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando entró por primera vez en el parlamento⁸⁸.

En este proyecto, la ley únicamente exigía que se cumpliera con la buena fe procesal en todos los procedimientos. Fue a través de una enmienda cuando se dispone que las pruebas que hayan sido obtenidas ilícitamente no deberán tener eficacia sobre el proceso. Dicha enmienda fue expuesta por la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, cuyo tenor literal era el siguiente: *“No surtirán efecto, en ninguna clase de procesos, los medios de prueba obtenidos, directa o indirectamente, de modo contrario a la ética o al Derecho”*.

Fue aprobado por el pleno de la Cámara, pero el Grupo Socialista propuso una enmienda que ofrecía una redacción diferente, la cual sería aprobada e incorporada definitivamente al texto que se publica en el BOE.

La primera enmienda que se presentó contra la redacción de este artículo comparte semejanzas con lo que disponía el artículo 549 del Anteproyecto de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁸⁹. Debemos mencionar que nos encontramos con una norma que tiene un carácter prohibitivo.

Como hemos visto, el artículo 11.1 LOPJ establece que la prueba ilícita no surtirá efectos sobre el proceso. Podemos decir que estamos ante la nulidad de pleno Derecho, es decir, que esta prueba tendrá “efectos ex tunc”, desde el mismo momento en que se produce tal vulneración. Pero en ningún momento se menciona de forma expresa que se producirá la nulidad, sino que solo se mencionan los propios efectos que tiene⁹⁰.

Dentro del marco de interpretación que nos brinda el art.11.1 de la LOPJ, debemos suponer que los órganos judiciales serán los encargados de impedir que las pruebas que hayan sido obtenidas mediante la vulneración de derechos fundamentales surtan efectos en los procesos, eliminando la proposición, admisión y práctica de estas.

nula porque afecta a los derechos, la derivada lo es por idéntica razón, por estar afectada indirectamente por la misma violación de los derechos”. Recogido en ASECIO MELLADO, José M. “La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita”. [en línea][Fecha de consulta: 23/02/2022][http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110507_02.pdf], pág.42.

⁸⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús M^a. *El proceso penal...* op. cit., págs. 296 y ss.

⁸⁹ Elaborado por profesores españoles de Derecho procesal y publicado en 1974.

⁹⁰ GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús M^a. *El proceso penal...* op. cit., pág. 297.

El artículo 11 establece de manera literal que este tipo de pruebas “no surtirán efectos”, una expresión controvertida que ha dividido a la doctrina. Ambas parten de una misma teoría que es que “la teoría de la prueba prohibida comporta la prescripción de que el juez, a la hora de valorar la prueba, forme su convicción sobre los hechos en virtud de pruebas ilícitamente obtenidas”.

Uno de los problemas fundamentales a los que se enfrenta la doctrina de la prueba ilícita es el de los efectos psicológicos que pueden crear sobre el tribunal o juez que vaya a conocer del asunto⁹¹.

Aun cuando la prueba se declare ineficaz existirán motivos de fuerza para creer que es insuficiente para que no surta efectos sobre el subconsciente del juzgador o sobre el resto de las pruebas que se puedan llegar a practicar en el proceso.

Con el fin de excluir toda influencia que pueda tener dicha prueba debemos señalar que no será suficiente la motivación fáctica de las sentencias, según se exige por el artículo 120.3⁹² de la Constitución Española.

DE MARINO apunta a que la motivación resultaría suficiente en el caso de que dicha prueba fuese la única que existiese y sobre la que pudiese recaer la resolución del conflicto. En el momento en que en un proceso existan otras pruebas, estas, pueden verse afectadas por la ilicitud de la primera.

Uno de los casos que más preocupación suscita es cuando nos encontramos en un procedimiento con jurado, esto se debe a que la motivación del veredicto que emitan no será suficiente para solucionar los problemas que se puedan ocasionar con la contaminación.

GINER ALEGRÍA sostiene que, de las diversas soluciones propuestas por la doctrina, la más conveniente para el caso sería la de apartar tanto al Juez como a los miembros del Jurado, si existiesen, que hubiesen tenido conocimiento de la prueba que haya sido considerada ilícita.

2.2. Excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita.

El origen de la exclusión probatoria de la prueba ilícita se encuentra en la obra de Ernst Beling⁹³, de 1903, “*Las prohibiciones probatorias en el proceso penal*”. La idea que se

⁹¹ GINER ALEGRÍA, César A. *Prueba prohibida...* op. cit., págs. 589 y 590

⁹² Según dispone el artículo 120.3 CE: “3. *Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.*”

planteaba en dicha obra sostenía que la “*verdad material*” no puede ser descubierta a cualquier precio, haciendo referencia a la vulneración de derechos⁹⁴.

La misma solución se extrae de la jurisprudencia norteamericana, en concreto, de los fallos *Boyd vs US*⁹⁵ (en 1886) y *Weeks vs US*⁹⁶ (1914) y en el caso *Leon vs. US*⁹⁷. De otro lado, también en Europa, en el año 1960, en la sentencia de 14 de junio de 1960 del Tribunal Supremo Federal alemán se sostiene la conclusión anteriormente mencionada.

Todas las resoluciones anteriores tienen un punto en común como es proteger los derechos individuales de los ciudadanos, para ello es necesario excluir aquellas pruebas que hayan sido obtenidas a causa de la vulneración de estos derechos. Como hemos ido repitiendo a lo largo de todo el texto, la prueba ilícita genera diversidad de opiniones en base a que un proceso pueda ser declarado nulo⁹⁸ porque las pruebas hayan sido obtenidas con violación a derechos fundamentales⁹⁹.

⁹³ Ernst Beling introduce el concepto de prohibiciones probatorias o exclusiones probatorias en su obra “*Die beweisverbote als grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*” cuya traducción al español es “*Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el Proceso Penal*”.

⁹⁴ MOSQUERA BLANCO, Augusto J. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 5.

⁹⁵ El asunto *Boyd vs. US* de 1886. En este caso se prohibió de manera taxativa todas aquellas pruebas que hubiesen sido obtenidas de manera ilícita por parte de los agentes federales. En este caso, el Fiscal del Distrito obligó a presentar al acusado (en contra de su voluntad) determinada información ante el Tribunal Federal en un caso de incautación o decomiso, con la información presentada se probaba que el acusado intentaba defraudar o evadir impuestos. En este supuesto, el Tribunal estableció una “íntima relación” entre la Cuarta y la Quinta Enmienda, dictaminando que la aportación de libros y papeles de carácter privados para que sean utilizados como pruebas en contra del obligado a presentarlos vulneraba dichas enmiendas.

⁹⁶ En el año 1914 el Tribunal Federal de Estados Unidos dictaminó sobre el asunto *Weeks vs. US* en el que estableció lo siguiente “*Si se llegase a aceptar la actuación llevada a cabo por los policías federales (se trataba de un caso de allanamiento sin mandato judicial) estaríamos contrariando lo establecido en la Constitución dándole protección judicial a un acto que atenta contra la protección del pueblo llevando a cabo actuaciones arbitrarias*”. En este caso se procedió a la devolución de todos aquellos objetos incautados durante el registro ilegal y prohibió que se pudiesen utilizar en su contra. Este planteamiento es totalmente contrario al que nos encontramos hoy en día, actualmente la regla que se sigue es evitar que en el futuro se produzcan delitos derivados de estos actos.

⁹⁷ Supuesto en el que la policía efectuó un allanamiento basado en un mandato judicial que creía válido, pero que posteriormente un tribunal superior concluyó que se había violado la IV Enmienda pues había sido emitido sin concurrir causa probable. A pesar de ello, la Corte Suprema permitió la presentación de tales pruebas obtenidas con ocasión de registro por estimar que la policía había actuado de buena fe, en la creencia de que su actuación estaba amparada en un mandamiento judicial legal. Por lo que no podía predicarse una finalidad disuasoria de su exclusión.

⁹⁸ Recomendamos la lectura de la STS 817/2012, de 23 de octubre, F.D.2º que dispone lo siguiente: “*en el análisis de las medidas judiciales que supongan injerencia a derechos, las posibles irregularidades que pueden concurrir pueden ser graduadas, existiendo actuaciones que pueden ser tenidas por nulas por inconstitucionales, porque afectan al contenido esencial de un derecho fundamental, en tanto que son ilícitas, nulas e irregulares (...)*”.

⁹⁹ MOSQUERA BLANCO, Augusto J. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 6.

La exclusión probatoria en España tiene un origen fundamentalmente constitucional en base a dos motivos. El primer lugar, se debe a que ha sido creada por el Tribunal Constitucional en lugar de por el legislador. En segundo lugar, se debe a que versa sobre una de las materias más importantes que contempla la Constitución como son los Derechos Fundamentales. La regla de exclusión debe ser interpretada conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su no observancia constituiría una violación del derecho a un proceso con todas las garantías por parte de Jueces y Magistrados, también violaría el derecho a igualdad de las partes y el derecho a la presunción de inocencia. Si bien es cierto lo que disponíamos en las líneas anteriores, no podemos negar que tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo han ido siguiendo los pasos de la jurisprudencia norteamericana hasta el punto de aceptar las diversas excepciones a esta regla. Haciendo referencia el Tribunal Supremo al “*deterrent effect*¹⁰⁰” o efecto disuasorio¹⁰¹.

Existen varias excepciones que procedemos a analizar a través de casos reales norteamericanos y sus homólogos en España.

2.2.1. *La excepción de la buena fe en la actuación judicial.*

La excepción de la buena fe en la actuación judicial tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos, en concreto, en el caso *Leon vs. US*. Se trata como hemos visto de un caso en el que la policía realizó un registro, basado en un mandamiento judicial que creían válido, pero que el Tribunal Superior estimó que vulneraba la IV Enmienda¹⁰², debido a que estaba emitido sin base en una causa probable. A pesar de esto, la Corte Suprema aceptó la presentación de las pruebas obtenidas en dicho registro al considerar que la policía había actuado de buena fe y, tal y como se encuentra motivado en la sentencia, la buena fe policial supone que el comportamiento de esta se ajusta al ordenamiento jurídico y no considera que exista violación de derechos fundamentales, en

¹⁰⁰ Podemos mencionar a modo ejemplificativo la STS 1451/2003, de 26 de noviembre, F.J. 10º y la STS 43/2013, de 22 de enero, F.J. 4º donde hacen referencia al efecto disuasorio y a los derechos fundamentales exponiendo lo siguiente: “*la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo, o indirecto, pretende, en primer lugar, otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, en segundo lugar, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los responsables de la investigación criminal.*”

¹⁰¹ SIMARRO PEDREIRA, Margarita. *La prueba prohibida...* op. cit., págs. 190 y 191.

¹⁰² La Cuarta Enmienda reza lo siguiente: “*El derecho del pueblo a la seguridad en sus personas, domicilios, papeles y efectos, contra registros y detenciones arbitrarias, será inviolable y no deben exigirse garantías, sino por una causa probable, apoyada en un Juramento o afirmación y describiendo particularmente el lugar que deba ser registrado y la persona o las cosas que deben confiscarse.*”

conclusión, excluir una prueba que haya sido obtenida de esta manera carece de justificación¹⁰³.

La buena fe actúa, en este caso, como elemento neutralizador de la regla de la exclusión probatoria y, da amparo a pruebas que hayan sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales.

En España, esta excepción se recoge en la STC 22/2003¹⁰⁴, en su F.J 10º, donde expone que la valoración del resultado de la prueba fue admitida en dicho proceso, a pesar de que se había obtenido vulnerando el derecho a la inviolabilidad del domicilio recogido en el artículo 18.2 CE, debido a que en la actuación policial no había mediado dolo o culpa, sino que “*creyeron estar actuando conforme a la Constitución*”. En esta sentencia se explica que la regla de exclusión de la prueba ilícita constituye un “*remedio impertinente y excesivo*”¹⁰⁵.

En esta sentencia, la prueba fundamental del proceso fue un arma de fuego que los agentes hallaron en el domicilio del acusado. La entrada en el domicilio se efectuó únicamente mediante el consentimiento de la esposa del acusado, que actuaba de víctima en el proceso. Sostiene el Tribunal que los agentes actuaron, durante toda la investigación, pensando que estaban amparados por el ordenamiento jurídico, al respetarlo en todo momento, por lo tanto, no mediaba culpa o dolo en las conductas.

Esta excepción de la buena fe¹⁰⁶ tiene un efecto neutralizador, lo que significa la no aplicación de la regla de exclusión, lo que provoca la admisión de todas aquellas pruebas que hayan sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. El problema radica en que los derechos fundamentales tienen una posición dominante en nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, su vulneración no sería posible lo que daría lugar a la no aplicación de la excepción de la buena fe. En esta línea, el magistrado Guillermo Jiménez Sánchez emitió un

¹⁰³ MOSQUERA BLANCO, Augusto J. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 7.

¹⁰⁴ La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 22/2003, de 10 de febrero, dictada por la Sala Segunda responde a la interposición de un Recurso de amparo nº 4400/99 contra las Sentencias de la Audiencia Provincial de Oviedo y el Juzgado de lo penal. Don Atilano interpone dicho recurso porque se le condena por delitos de tenencia ilícita de armas de fuego y de amenazas y, sostiene que vulnera su derecho a la inviolabilidad del domicilio, las garantías constitucionales a un proceso con garantías y a la presunción de inocencia. La esposa (denunciante) del condenado autoriza la entrada y registro en el domicilio.

¹⁰⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública*. 2010. Mayo, pág. 140.

¹⁰⁶ Otra sentencia ilustrativa de esta tesis sería la STS nº 9/2004, de 19 de enero (REC 1121/2002). En este caso, la prueba principal sí que había sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales, en la que se han utilizado mecanismos para atenuar los efectos de la exclusión de esta prueba.

voto particular en la STC nº 22/2003, exponiendo lo siguiente: “(...) pese a la inexistencia de dolo o imprudencia, pese a la buena fe policial, desde la perspectiva constitucional que nos corresponde debemos afirmar que objetivamente el registro así practicado ha producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que existe una relación directa entre ese hecho y el hallazgo de la pistola, relación de la que deriva la necesidad de la exclusión de los resultados del registro del acervo probatorio en función de la idea de «proceso justo», sin que esto pueda ponerse en cuestión por la menor gravedad de la vulneración y la también menor necesidad de tutela del derecho fundamental derivada de la buena fe de la actuación policial. Por tanto, la utilización como prueba de cargo en el proceso de la obtenida directamente a partir de la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (el hallazgo de la pistola) vulneró, asimismo, el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías...”¹⁰⁷.

2.2.2. Excepciones a la eficacia refleja.

Se reconoció por primera vez en la jurisprudencia norteamericana, dando paso, posteriormente, a que fuese admitida en otras legislaciones y ordenamientos jurídicos, fruto de una norteamericanización de la regla de exclusión probatoria, según expone MIRANDA ESTAMPRES¹⁰⁸.

Tenemos que hacer referencia a las tres excepciones de la eficacia refleja que se contemplan en la jurisprudencia norteamericana que son: la excepción de la fuente independiente, la excepción del descubrimiento inevitable y la excepción del nexo causal atenuado.

a. Excepción de la fuente independiente.

Hablaremos en primer lugar de la *excepción de la fuente independiente*¹⁰⁹. En este caso no se trata de una auténtica excepción probatoria dado que si la prueba practicada en el proceso no tiene relación alguna con la prueba que se ha considerado ilícita no se cumplirá el requisito esencial para que se pueda reconocer la eficacia refleja. En conclusión, para que

¹⁰⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 142.

¹⁰⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita...* op. cit., pág.142.

¹⁰⁹ La excepción de la fuente independiente se introduce en la jurisprudencia española con la STC 86/1995, de 6 de junio, F.J.4º. En dicho fundamento se disponía lo siguiente: “entre las evidencias derivadas, no viciadas por la ilegalidad original, figura en el presente caso la propia confesión del coprocesado (...)” Como hemos podido observar se reconoce la existencia de una prueba ilícitamente obtenida, pero a pesar de eso se condena al considerar la confesión que hace un coprocesado como “un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia”.

podamos aplicar dicha excepción es necesario que no exista un nexo causal entre ambas pruebas¹¹⁰.

El principal problema que se nos plantea es cuando realmente existe un nexo causal entre la prueba originaria y la prueba derivada¹¹¹ y ha sido considerada como “prueba independiente”. En estos supuestos sí se considera una verdadera excepción probatoria.

Esta excepción se aplicó en el caso *Segura vs. US*¹¹², este caso trataba de la investigación de un supuesto delito de tráfico de drogas donde la policía entra en un domicilio sin orden judicial, durante esta entrada detuvieron a todos los ocupantes de la casa y esperaron en el interior hasta que obtuvieron la orden. La orden judicial se otorgó basada en indicios existentes antes de la entrada en el domicilio. En este caso solo se eliminaron del caso aquellas pruebas recabadas durante el tiempo que la entrada había sido ilegal, sin embargo, todas aquellas pruebas obtenidas tras la orden judicial fueron admitidas.

Otro caso en el que también se aplicó dicha excepción es en el caso *Bynum vs. US*, aquí se excluyeron las huellas dactilares del sospechoso ya que había sido detenido ilegalmente al carecer de indicios suficientes. Las huellas dactilares del sospechoso casaban a la perfección con las que se habían tomado en el escenario del robo, pero al tratarse de una detención ilegal la prueba pericial fue declarada ilícita. Sin embargo, la policía presentó las huellas dactilares del sospechoso que se encontraban en la base de datos del FBI y que, al no tener conexión con la detención ilegal, ya que habían sido tomadas años antes por otros motivos, fueron admitidas.

El Tribunal Constitucional ha elaborado una lista de criterios para poder calificar una prueba como jurídicamente independiente y, entre ellos, se encuentra un criterio temporal que establece que debe haber transcurrido un largo periodo de tiempo entre una prueba y otra¹¹³.

¹¹⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba...* op. cit., pág. 122.

¹¹¹ La STS 422/2017, de 13 de junio, en su fundamentación jurídica no hace distinción entre la prueba ilícita y la prueba prohibida cuando está hablando de pruebas originarias o pruebas derivadas.

¹¹² Caso *Segura vs. US*. La regla de la exclusión, en este caso, no solo afecta a aquellas pruebas primarias que fueron obtenidas como resultado directo del registro o incautación ilegal, sino que afectó a todas las pruebas posteriores. En la motivación de la sentencia la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que se debía excluir de la aplicación de ilegalidad las pruebas debido a que la relación entre la actuación ilegal de la policía y el descubrimiento de las pruebas es tan tenue que tiende a disiparse y que existía una fuente independiente para obtener las pruebas que se consideraban ilegales y sostiene “*si la entrada inicial fue ilegal no es relevante para la admisibilidad de la evidencia.*”

¹¹³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 143.

b. Excepción del descubrimiento inevitable.

En segundo lugar, tenemos que hacer mención a la *excepción del descubrimiento inevitable*. La teoría norteamericana explica que la exclusión de la prueba ilícita no tendría lugar si dicha prueba hubiese sido descubierta de manera inevitable por una actuación respetuosa de los derechos fundamentales por parte de las autoridades policiales. Esta excepción se aplicó por primera vez en el caso *Nix vs. Williams*¹¹⁴, pero en este caso fue interpretada como una ramificación de la excepción de la fuente independiente¹¹⁵.

Resumiremos brevemente los hechos de este caso. La policía consiguió llegar al cuerpo de la víctima, tras haber realizado un interrogatorio ilegal al acusado, durante dicho interrogatorio se declaró culpable de un delito de homicidio y reveló el lugar en el que había enterrado a la víctima. El Tribunal decidió excluir las declaraciones que había realizado el acusado durante el interrogatorio, en cambio, el hallazgo del cuerpo de la víctima no fue declarado excluido debido a que este hubiese sido igualmente hallado a lo largo de la investigación, esto se debía a que se había puesto en marcha una búsqueda exhaustiva por diversas zonas, contando con más de 200 voluntario, entre las que se encontraba el lugar donde habían hallado el cuerpo. El Tribunal Supremo Federal norteamericano decidió admitir la confesión del acusado porque el cuerpo hubiese sido encontrado al margen de dicha confesión.

Parte de la doctrina norteamericana sostiene que este efecto de aligerar la investigación que tiene esta excepción tiene una base en una hipótesis que, en realidad, no tienen correspondencia con los hechos que realmente han ocurrido. Esta excepción se ha visto envuelta en numerosas discusiones, dando lugar a dos posturas diferentes. En cualquier caso, es necesario que el Gobierno justifique suficientemente que esta prueba obtenida por vulneración de un derecho fundamental hubiese sido descubierta de manera lícita con otros medios, es decir, que hubiese sido descubierta inevitablemente de la conducta ilícita.

¹¹⁴ El razonamiento final al que se llega en el asunto *Nix vs Williams*, en el año 1984, es que el grupo de búsqueda de la víctima hubiera acabado descubriendo el cuerpo. En conclusión, la información que manejaban los investigadores le acercaba a la ubicación donde se hallaba el cuerpo. En definitiva, el Tribunal acepta que se violen los derechos fundamentales del acusado cuando la investigación llevada a cabo por la policía llevase al mismo resultado, que sería el descubrimiento del delito o de las pruebas. Pero no es un razonamiento abiertamente aceptado, la mayoría de los tribunales federales de Estados Unidos sostienen que no se pueden admitir este tipo de pruebas independientemente del resultado de la investigación policial.

¹¹⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 144.

En España, el Tribunal Supremo reconoce dicha excepción en su STS 974/1997, de 4 de julio de 1997, estableciendo como límite la buena fe policial. El F.J 4º de dicha sentencia sostiene que:

“Sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del «descubrimiento inevitable». En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de agentes de la Policía Autónoma vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína «al por mayor». Es decir que, «inevitablemente» y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada. En consecuencia la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues —con independencia de ellos— las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención, ...la limitación del «descubrimiento inevitable» debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de «buena fe», para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a «acelerar» por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente...”¹¹⁶

Llegados a este punto debemos hacer una referencia al derecho de presunción de inocencia que se recoge en el artículo 24.2 de la Constitución Española, ya que si tenemos en

¹¹⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 145.

cuenta este derecho sería imposible admitir dicha excepción, debido a que la base de esta son meras conjeturas es decir “lo que podía haber ocurrido, pero nunca llegó a ocurrir”¹¹⁷.

Una variante de esta excepción sería la excepción del hallazgo casual. Tal y como dispone ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER por “hallazgo o descubrimiento casual debemos entender, la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando”¹¹⁸.

Por el contrario, DIAZ CABIALE sostiene que estos descubrimientos casuales, dentro de las intervenciones acordadas judicialmente no siempre tienen lugar sino que “debe ser concebido en términos amplios, como aquel hallazgo que se produce en el marco de una determinada intervención habilitada en origen para distinta finalidad”¹¹⁹. Como podemos observar nunca existe conformidad a cerca de este tema.

*c. Excepción del nexo causal atenuado*¹²⁰.

La última ramificación de la excepción de la eficacia refleja es la ***excepción del nexo causal atenuado*** que, en realidad, se puede decir que es una variación de la excepción de la fuente independiente. Se usa por primera vez en el caso Wong Sun vs. US¹²¹. Este caso se basaba en que la detención ilegal de una persona A, a través de una entrada ilegal en un domicilio, dio lugar a una confesión contra una persona B, la cual le había vendido drogas. Dicha confesión de A, da lugar a la detención de B, con incautación de droga. En la declaración de B se implicó a un tercero C, que fue detenido¹²².

¹¹⁷ Otro ejemplo sería la STS n°233/2013, de 25 de marzo, F.D 8° que rechaza la posible aplicación de la excepción, que fue aplicada por los tribunales que tuvieron conocimiento del asunto anteriormente.

¹¹⁸ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana. “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio). *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. N°2, 2011, pág. 4.

¹¹⁹ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana. “*Los descubrimientos casuales...* op. cit., pág. 5.

¹²⁰ SSTC n°86/1995, de 6 de junio y STC 54/1996, de 26 de marzo. Son consideradas por algunos autores como ejemplos de la excepción de la fuente independiente pero otros autores la definen como ejemplo de la excepción del nexo causal atenuado.

¹²¹ En el año 1963 se dicta, por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, el asunto Wong Sun vs US. En este caso el Tribunal afirma que una confesión voluntaria del acusado o investigado es independiente jurídicamente de la prueba que se obtenga vulnerando derechos fundamentales.

¹²² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 146.

C fue puesto en libertad bajo fianza, tras lo cual decidió realizar una confesión voluntaria y con la preceptiva información de los derechos que le asistían.

El Tribunal dictaminó que todas las pruebas obtenidas a raíz de la detención ilegal de A eran ilícitas y, por tanto, no admisibles en el juicio salvo la declaración voluntaria que realizó C. Reconoció que dicha declaración no se hubiera producido sin la primera detención, pero como había sido realizada de manera voluntaria y previa información de los derechos que le asistían constituía un acto independiente que tenía un efecto sanador del proceso que rompía con la vulneración inicial.

La Corte Suprema Federal norteamericana establece que deben tenerse en cuenta diversos criterios para poder determinar la atenuación de la relación causal, entre ellos podemos encontrarnos con: el tiempo que transcurre entre la prueba ilícita y la prueba lícita que se deriva de aquella, la gravedad de la violación originaria y la voluntariedad de las confesiones que se hayan practicado con todas las garantías constitucionales.

En ningún momento se niega la existencia de un nexo causal entre la prueba ilícita y la prueba lícita, pero se pone de manifiesto que este nexo es tan débil que permite la utilización de dicha prueba en el proceso.

En España, la Sentencia del Tribunal Constitucional 86/1995 contempla por primera vez dicha excepción cuando sostiene que la declaración del acusado ante el juez de instrucción en el acto del juicio oral se formula como una prueba jurídicamente independiente. Establece dicha sentencia que:

“Tales declaraciones, efectuadas en un sentido claramente incriminatorio, constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración de los recurrentes a la presunción de inocencia.”

Para la doctrina del Tribunal Constitucional sería suficiente que el acusado hubiese sido informado de sus derechos, previamente a que realizase una declaración y que hubiese sido asistido por su abogado. Esta confesión sería considerada como elemento subsanador de la ilicitud inicial¹²³.

¹²³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 147.

2.2.3. *La doctrina de la conexión de antijuridicidad.*

Encontramos el origen de esta doctrina en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº81/1998. Sostiene que para el reconocimiento de eficacia refleja será necesario la existencia de la “conexión de antijuridicidad” además de una conexión causal entre la prueba ilícita y las pruebas que de esta se deriven.¹²⁴

Esta sentencia, sostiene en su F.J 4º lo siguiente:

“Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo.”

Esta concepción nos lleva a realizar un análisis de la intencionalidad o la negligencia existente que origina la vulneración de derechos fundamentales.

Si únicamente nos fijamos en la parte teórica de esta doctrina, podemos señalar que su fin último es ofrecer diversas pautas para que los Jueces y Tribunales puedan dar una valoración y tomar una decisión sobre la extensión de prohibición de la prueba ilícita o, de las pruebas que se hayan derivado de esta. No sería suficiente acreditar la relación de causalidad entre estas, sino que resultaría indispensable corroborar que existe una efectiva conexión de antijuridicidad entre ambas, según lo que se establece por el Tribunal Constitucional.

Atendiendo a la parte práctica de esta doctrina, podemos señalar que su actuación posibilita la entrada en nuestro ordenamiento de las mencionadas excepciones a la eficacia refleja y a la eficacia directa de la prueba ilícita, debido a que juega el papel de elemento de justificación de estas. En consecuencia, la doctrina del Tribunal Constitucional permite, por

¹²⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 148 y ss.

ejemplo, que se tenga por válida la confesión voluntaria de un acusado derivada de pruebas ilícitas.

Debemos hablar, por último, dentro de la doctrina de la conexión de antijuridicidad de lo que se denomina “el descubrimiento probablemente independiente”. Emplear la terminología probablemente nos sitúa ante un *numerus apertus* de actuaciones.

Dicha excepción aparece por primera vez¹²⁵ en la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998, cuando se consideró que los datos que se habían obtenido basándose en la intervención telefónica ilegal debían ser considerados datos “neutros” ya que estos no habían sido determinantes para que la droga estuviese en manos del acusado¹²⁶.

Esta excepción modifica la excepción norteamericana “inevitable Discovery”, la cual obligaba a la parte acusatoria a acreditar de manera indudable que la prueba en cuestión se hubiese obtenido a pesar de que la prueba ilícita no hubiese aparecido. Es por ello que se sustituye el término inevitable por el de probable, que como hemos visto amplía el campo de actuación de la excepción, limitando el de la regla de exclusión.

Con la evolución de la doctrina y la jurisprudencia aparece la figura de la “autoincriminación voluntaria del acusado”. Con esta se considera válida la confesión realizada por el acusado, siempre y cuando queden probados los hechos que se le imputan y que habían sido descubiertos en base a una prueba ilícita, lo que provocaría la validez tanto del testimonio como del resto del procedimiento. Una cuestión controvertida que aclara el Tribunal Constitucional en su sentencia 86/1995, de 6 de junio, en esta admitía como válido el testimonio autoinculpatorio que realizó el acusado al considerar que este no podía haber sido perjudicado por el resto de las pruebas ilícitas en las que se basaba inicialmente el caso. Estas consistían en escuchas telefónicas realizadas sin una autorización judicial que sirvieron de base para iniciar un procedimiento¹²⁷.

¹²⁵ La doctrina de la conexión de antijuridicidad aparece mencionada en varias sentencias a partir del año 1998, entre las que nos encontramos, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 171/1999, de 27 de septiembre. En esta sentencia Don Italo Nelli interpone un recurso de amparo contra las Sentencias de Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Málaga que le condenaban por un delito contra la salud pública. En dicho recurso sostiene que se vulneraron los derechos al secreto de las comunicaciones, al proceso con todas las garantías constitucionales y a la tutela judicial efectiva, también mencionaba una vulneración de la presunción de inocencia. En el Fundamento Jurídico Cuarto, párrafo sexto, se menciona la conexión de antijuridicidad 238/1999.

¹²⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 150.

¹²⁷ MOSQUERA BLANCO, Augusto J. *La prueba ilícita...* op. cit., pág.14.

Tras esta sentencia, el Tribunal Supremo aclara la situación alegando que solo será admisible la confesión autoincriminatoria del acusado cuando este tenga conocimiento de la nulidad de las actuaciones anteriores a dicha confesión, STS 370/2008, de 19 de junio¹²⁸.

El Tribunal Constitucional dicta doctrina cuando considera que las confesiones de los acusados deben, o pueden, separarse de aquella prueba que haya sido inicialmente considerada como ilícita y, considera tales confesiones como libres y voluntarias¹²⁹. Esta afirmación encuentra su apoyo en la STC n°136/2006, de 8 de mayo, F.J 7º¹³⁰.

A este respecto, el Tribunal Supremo es consciente de las críticas que han suscitado la consideración como “libres y voluntarias” las confesiones realizadas por los acusados, por ello establece una serie de criterios que los jueces deben tener en cuenta a la hora de aplicar dicha excepción.

3. LA PRUEBA ILÍCITA Y LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS EN LA ACTUAL REGULACIÓN.

3.1. Medios de prueba tecnológicos.

Hoy en día, el campo que mayor relevancia tiene a la hora de aplicar la exclusión probatoria de la prueba ilícita es el entorno digital, donde englobamos tanto los medios informáticos como medios de comunicación electrónicos. Según ENCINAR DEL POZO y VILLEGAS GARCÍA¹³¹: “*las nuevas tecnologías y la manera en que las mismas pueden afectar a espacios antes vedados a la intromisión de las autoridades exige incluso un replanteamiento de la propia configuración de estos derechos fundamentales y de sus márgenes*”.

¹²⁸ STS 370/2008, de 19 de junio, dispone en su Voto Particular Cuarto que: “*la idea de que la confesión autoinculpatoria, que es mera aceptación de lo conocido a través de una intervención connotada de radical ilegitimidad constitucional, carecería de relación con esta, solo por haberse producido conforme a las exigencias formales-legales de la declaración del imputado en el juicio.*”

¹²⁹ Otras Sentencias que apoyan este pensamiento del Tribunal sería la STC 66/2009, de 9 de marzo, F.J.4º y STC 8/2000, de 17 de enero, FJ. 8º que reiteran: “*en relación con la alegación de lesión del derecho al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, por la condena en virtud de pruebas que deberían haber sido “arrastradas” por la nulidad de las intervenciones telefónicas apreciada por el Tribunal Supremo en los fundamentos de su Sentencia de casación, la cuestión, como apunta el Ministerio Fiscal, enlaza directamente con la conexión de antijuridicidad entre las pruebas ilícitas y las reflejas, y su alcance*”.

¹³⁰ La STC 136/2006, de 8 de mayo, establece en su F.J 7º que: “*en relación con la posibilidad de valoración de las pruebas derivadas de otras constitucionalmente ilegítimas, este Tribunal ha establecido un criterio básico, cifrado en determinar si entre unas y otras existe lo que se denomina conexión de antijuridicidad*”.

¹³¹ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel y VILLEGAS GARCIA, María Ángeles. Validez de los medios de prueba tecnológicos. *Diario La Ley*, n°9005, Sección Dossier, 21 de junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer, pág.28.

Parece necesario hacer una breve mención de la actual regulación de esta materia, así como de las posibles soluciones que nos brindan tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, en diferentes sentencias se encargaran de desarrollar “el derecho al propio entorno virtual o digital”¹³².

Hay que empezar limitando el alcance de los medios tecnológicos ofreciendo, en primer lugar, un breve concepto. Estos se pueden definir como “*medios que utilizan la tecnología para llevar a cabo un propósito. Pueden ser físicos o invisibles*” o “*todo hardware que permite el almacenamiento, creación, adquisición e intercambio de información, almacenándola en formatos digitales a través de distintos sistemas informáticos o software, que permiten su recuperación, consulta, análisis y traslado*”¹³³.

Estos medios tecnológicos adquieren gran importancia en la actualidad debido a que todas las comunicaciones o el intercambio de toda información se suele realizar por estos canales, debido a que todos tenemos a nuestro alcance dispositivos informáticos tales como ordenadores o teléfonos móviles con conexión a internet. No debería parecerse extraño que, también, puedan ser utilizados para cometer actos delictivos.

Como hemos visto en el primer apartado de este texto, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española data de 1882, es decir, es una de las normas más antiguas de toda Europa en lo que se refiere a la materia penal. Esta norma sufre una modificación en materia de medios tecnológicos a raíz de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, que modifica el apartado segundo del artículo 579. Lo que se intenta es autorizar la intervención de las comunicaciones, siempre y cuando dicha intervención haya sido suficientemente motivada y que existieran suficientes indicios para poder realizarla. Aunque esta regulación es insuficiente y así ha sido reconocido tanto por la jurisprudencia española como por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Esta jurisprudencia trata de reforzar la doctrina, pero solo adopta un carácter subsidiario por el TEDH en el caso *Abdulkadir Coban vs. España*¹³⁴, que modifica lo que se

¹³² Este derecho ha sido reconocido por primera vez en la Sentencia del Tribunal Supremo 342/2013, de 17 de abril, en su F.D 6º. Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo 287/2017, de 19 de abril, recoge los límites y objetivos de este derecho en su F.D 2º.

¹³³ ALDAY LÓPEZ CABELLO, Fernando. *La regla de exclusión...* op. cit., pág. 174.

¹³⁴ En el caso *Abdulkadir Coban* contra España el TEDH dictó un Auto de inadmisión el día 25 de septiembre de 2006 sosteniendo que en el caso concreto se habían respetado todas las exigencias materiales que imponía la ley respecto a las intervenciones telefónicas y que, por tanto, no se podía decir que se hubiese

llama “test de consolidación” que aparece regulado en el artículo 579.2 LECrim, esto sorteó una tercera condena para España por la vulneración de lo que se estipula en el artículo octavo de la CEDH.

El Tribunal Supremo ha tomado conciencia sobre la escasa regulación en esta materia, así se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo 864/2005, de 22 de junio, que trata de amoldar la Ley a lo que se dispone en el TEDH. De esta sentencia se deriva lo siguiente dentro de su F.D 1º, apartado segundo:

“En efecto, ha de partirse de la insuficiente regulación legal establecida en el artículo 579 LECrim, que ha sido adecuadamente completada con las exigencias que, al respecto, tanto el Tribunal Constitucional como el propio Tribunal Supremo, han requerido para aceptar la validez de las intervenciones telefónicas. De manera que la suma de la regulación legal y las exigencias judiciales han conformado un sistema garantista que satisface las previsiones tanto del CEDH, como la doctrina desarrollada por el TEDH.”¹³⁵

Tenemos que hablar ahora, de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se llevó a cabo en el año 2015. Esta reforma tiene origen en dos proyectos de ley diferentes y, fue adoptada como vía para confrontar algunas cuestiones que requieren de una inmediata atención. Lo que se procura con esta reforma es enmendar y reforzar los derechos procesales de los investigados, de conformidad con lo que exige el Derecho de la Unión Europea, así como ofrecer una actualización de la investigación a través de los medios tecnológicos, velando por la protección del derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos.

Las medidas de investigación tecnológicas deben ajustarse a los principios establecidos por el Tribunal Constitucional con el límite del principio de especialidad. Lo que se busca con este límite es evitar que se realicen investigaciones tecnológicas que puedan dar lugar a vulneraciones de derechos fundamentales, cuando esta investigación no tenga un delito concreto en el que basarse y se realice con cara a un futuro.

vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, ya que los aspectos esenciales de dicho derecho se habían mantenido intactos.

¹³⁵ ALDAY LÓPEZ CABELLO, Fernando. *La regla de exclusión...* op. cit., pág. 175.

Los principios a los que se deben ajustar las medidas de investigación son los que se analizarán en el siguiente apartado: idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad¹³⁶.

3.2. Principios rectores.

Hablando de la práctica de la prueba electrónica en sede judicial es justo hacerse la siguiente pregunta: “¿se trata de una vulneración o de un reforzamiento de los principios procesales existentes?”

En este apartado intentaremos dar respuesta a la pregunta planteada, analizando los principios que rigen la práctica de la prueba electrónica en sede judicial.

Analizaremos de qué manera afecta la práctica de la prueba electrónica al cumplimiento de dichos principios, indagando si se ven afectados por la aparición de las TIC.

Es conocido que nuestra legislación no ha sabido adaptarse a la aparición de la tecnología y el impacto que esta ha tenido sobre los medios probatorios, lo que ha dado lugar a una situación de aletargamiento. Para solventar esta laguna debemos aplicar, de manera analógica, las normas establecidas para el procedimiento probatorio común al nuevo procedimiento probatorio tecnológico.

La práctica de la prueba electrónica se debe llevar a cabo mediante la reproducción de los diferentes contenidos existentes, pero siempre ante el tribunal. La práctica de estas pruebas debe hacerse según lo establecido en el art.290¹³⁷ de la LEC, es decir en “unidad de acto”.¹³⁸ Pero, a mayores debemos tener en cuenta lo dispuesto en el art. 588 bis a) de la LECrim, el cual establece unas pautas y criterios que el juzgador debe seguir a la hora de valorar los diversos medios de investigación tecnológica en relación a los principios rectores. ALVAREZ SANCHEZ DE MOVELLÁN señala que los principios rectores tienden a ser “lo

¹³⁶ ALDAY LÓPEZ CABELLO, Fernando. *La regla de exclusión...* op. cit., pág. 190.

¹³⁷ Artículo 290 LEC: “*Todas las pruebas se practicarán en unidad de acto. Excepcionalmente, el Tribunal podrá acordar, mediante providencia, que determinadas pruebas se celebren fuera del acto de juicio o vista; en estos casos, el Letrado de la Administración de Justicia señalará, con al menos cinco días de antelación, el día y la hora en que hayan de practicarse los actos de prueba que no sea posible llevar a cabo en el juicio o vista. Si, excepcionalmente, la prueba no se practicare en la sede del Tribunal, se determinará y notificará el lugar de que se trate. Estas pruebas se practicarán en todo caso antes del juicio o vista.*”

¹³⁸ BARRIENTOS, Jesús M^a. *Medidas de investigación...* op. cit., pág. 1.

permanente”, es decir, lo inmutable pese al paso del tiempo, cosa contraria ocurre con su objeto¹³⁹.

3.2.1. *El principio de especialidad.*

El primer principio rector, del que ya hablamos en el apartado anterior es el ***principio de especialidad***. Como mencionábamos este principio se aplicará cuando las medidas de investigación tengan como finalidad descubrir delitos futuros, es decir, solo se permiten realizar aquellas medidas de investigación tendentes a esclarecer los hechos de un delito concreto, no se permitirán cosas abstractas.¹⁴⁰

Dentro de este principio sí que se considera que de la investigación de un delito se pueda descubrir otro a esto se le llama “descubrimiento causal”, pero también puede ocurrir que las medidas adoptadas para la investigación de un delito generen unos resultados importantes en otra investigación. En estos casos, sí que se pueden incorporar dichos hallazgos al nuevo proceso de investigación del delito descubierto, según lo que se contempla en el artículo 588 bis i. LECrim¹⁴¹. Esta teoría ha sido admitida por amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a este respecto debemos hacer mención a lo establecido en la STC 41/1998, de 24 de febrero¹⁴². Pero para la utilización de estos hallazgos es necesario que se cumpla con los requisitos que se establecen en el artículo 579 bis de la LECrim¹⁴³. Es necesario que se remita un testimonio que incluya la legitimidad, el testimonio de las personas implicadas y, en su caso, la solicitud de la medida. Para que dichas medidas puedan incluirse

¹³⁹ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. “Ponderaciones” judiciales en materia de prueba prohibida y garantías para la nueva investigación en el proceso penal. En: GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*. Madrid: Editorial Reus, 2020, págs. 115 a 119.

¹⁴⁰ BARRIENTOS, Jesús M^a. Medidas de investigación... op. cit., pág. 1.

¹⁴¹ El principio de especialidad aparece recogido en el artículo 588 bis a apartado segundo LECrim que reza lo siguiente: “*el principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.*”

¹⁴² La STC 41/1998, de 24 de febrero, dentro de su voto particular segundo expone que “*nuestra jurisprudencia no extiende los efectos indirectos de la prueba prohibida a los “hallazgos ocasionales” en la diligencia de entrada y registro*”.

¹⁴³ El artículo 579 bis LECrim nos recuerda que el juez puede “*acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica (...) que el investigado remita o reciba, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa (...).*”

en el nuevo procedimiento es necesario que el Juez lo autorice en base a la diligencia de actuación.¹⁴⁴

3.2.2. *El principio de idoneidad.*

En segundo lugar, tenemos que hacer mención del ***principio de idoneidad*** que reclama una valoración de todos los criterios que estén relacionados con la naturaleza de la medida, de los medios comprometido, sujetos afectados, la utilidad que reporte o la duración que es necesaria para la obtención del objetivo¹⁴⁵.

Tenemos que hacer referencia a las tres extensiones que lleva sujetas este principio que son: extensión subjetiva, extensión objetiva y extensión temporal. En cuanto a la primera de ellas, la extensión subjetiva, sostiene que las medidas de investigación pueden afectar a terceros que no estén sujetas al procedimiento siempre y cuando resulte imprescindible para la investigación¹⁴⁶. La extensión objetiva trata de acomodar este principio al contenido estricto de las medidas de las que se tenga autorización. Y la extensión temporal se refiere a que no se pueden alargar en el tiempo las medidas, es decir, se les concederá el tiempo estrictamente necesario para conseguir el objetivo de la investigación. No se podrán acordar las medidas si esto conlleva dilaciones indebidas de la investigación, aunque los resultados de estas fuesen útiles¹⁴⁷.

3.2.3. *Los principios de necesidad y excepcionalidad.*

Hablaremos conjuntamente de dos ***principios que son el de necesidad y excepcionalidad***. Estos principios imponen que únicamente pueden utilizarse estas medidas cuando no existan otras que sean menos perjudiciales para los derechos fundamentales de los investigados y, siempre que sean beneficiosas para aclaración de los hechos. También se usará cuando sea la única medida que pueda lograr el descubrimiento, comprobación del delito, hallar a los sujetos bien sea porque se encuentren en paradero desconocido o porque no se sepa claramente de quienes se tratan.

¹⁴⁴ VEGAS TORRES, Jaime. “Las medidas de investigación tecnológica”. Publicado en CEDEÑO HERNÁN, M. *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*. Aranzadi, 2017, págs. 21 a 47.

¹⁴⁵ BARRIENTOS, Jesús M^a. *Medidas de investigación...* op. cit., pág. 1

¹⁴⁶ Según lo dispuesto en el artículo 588 bis h LECrim las medidas de investigación que contenga dicha ley pueden afectar a terceros, pero debemos atender a los casos y condiciones concretas.

¹⁴⁷ VEGAS TORRES, Jaime. “Las medidas de investigación...” op. cit., pág. 13 y 14.

3.2.4. *El principio de proporcionalidad.*

En último lugar, tenemos que abordar el **principio de proporcionalidad**¹⁴⁸. Es necesario realizar una ponderación, en un lado de la balanza debemos poner los intereses del proceso y los objetivos de este, en el otro lado debemos poner el sacrificio de los derechos que resulten afectados. Solo será posible aplicar la medida cuando los intereses del proceso y los objetivos tengan un mayor peso para el interés público en lo que respecta a la revelación del delito y los causantes. Se deberán tener en cuenta algunos elementos como la gravedad del hecho, la influencia de este en la sociedad o en el mundo tecnológico, la importancia de los indicios y la importancia del resultado que se persigue.¹⁴⁹

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional que se distinguen tres elementos de este principio que son el juicio de idoneidad, es decir, que la medida sea la indicada para conseguir el fin; el juicio de necesidad, que no exista una medida menos gravosa para conseguirlo; y, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto regulado en el artículo 588 bis a de la LECrim¹⁵⁰.¹⁵¹

4. EVOLUCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL CON RESPECTO AL CONCEPTO Y TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN ESPAÑA.

4.1. Teoría de los frutos del árbol envenenado.

La Teoría de los frutos del árbol envenenado (“The fruit of the poisonous tree doctrine or the tainted fruit”) tiene su origen en la resolución del caso Silverthorne Lumber¹⁵² contra

¹⁴⁸ Es necesario mencionar la STC n°37/1989, de 15 de febrero, en su F.J 8º dispone: “Según una muy reiterada doctrina constitucional, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios, es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental, y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho, pues solo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental.”

¹⁴⁹ BARRIENTOS, Jesús M^a. Medidas de investigación... op. cit., pág. 1

¹⁵⁰ El principio de idoneidad aparece recogido en el artículo 588 bis a, apartado tercero, LECrim que nos dice de manera literal que “el principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad”.

¹⁵¹ Sentencias ilustrativas a este respecto son: STC 43/2014 de 27 de marzo, F.J 2º (REC 5016/2006); STC 23/2014, de 13 de febrero, F.J 2º (REC 3488/2006); STC 16/2014, de 30 de enero, F.J 3º (REC 10619/2006); STC 199/2013, de 5 de diciembre, F.J 7º (REC 9530/2005) y STC 173/2011 de 7 de noviembre, F.J 2º (REC 5928/2009) que hacen referencia al principio de proporcionalidad como uno de los requisitos para la consecución de una justificación constitucional objetiva y razonable.

¹⁵² En este caso podemos apreciar determinados parecidos con el asunto Weeks vs US que mencionábamos anteriormente. Silverthorne fue detenido y ese mismo día la policía accedía de manera ilegal a la compañía que este dirigía, confiscando diversos documentos. El acusado decidió presentar un recurso en el que solicitaba la que se le devolviesen todos aquellos documentos que le habían sido sustraídos. El Tribunal aceptó su petición, pero antes de devolverlo el Ministerio Fiscal decidió realizar una copia de todos los documentos para

Estados Unidos¹⁵³. Este caso basaba la ilegalidad de las pruebas obtenidas en un registro domiciliario (allanamiento) de los agentes del Gobierno americano realizado de manera ilegal, sin orden judicial y, por tanto, las pruebas obtenidas durante aquel deben ser consideradas nulas de acuerdo a la Cuarta¹⁵⁴ Enmienda de la Constitución estadounidense.¹⁵⁵

Cierto es, que la primera vez que se hace referencia a esta doctrina es en el caso que acabamos de mencionar, ya que en la motivación de la Sentencia del Tribunal Supremo Estadounidense se mencionaba la teoría, pero en ningún momento se le dio dicho nombre. Es en la sentencia del caso *Nardone vs. US*¹⁵⁶, de 11 de diciembre de 1939, cuando se menciona expresamente.

La mencionada teoría hace una referencia a las pruebas relacionadas con un delito que han sido obtenidas ilícitamente. Estas pruebas no van a poder ser utilizadas en un futuro proceso ya que se van a considerar nulas por la manera en la que han sido obtenidas¹⁵⁷.

Para entender la similitud entre las pruebas ilícitas y el fruto del árbol prohibido tenemos que mencionar la siguiente cita:

“Así todo árbol da buenos frutos, pero el árbol malo da frutos malos. No puede el buen árbol dar malos frutos ni el árbol malo dar frutos buenos. Todo árbol que no da buen fruto, es cortado y echado en el fuego. Así que por su fruto lo conoceréis”. Mateo 7:17-20

Así pues, entendemos que la prueba ilegal sería representada por un árbol y, el descubrimiento que podamos realizar con esta daría lugar al fruto envenenado, porque como

posteriormente intentar presentarlo como prueba en el juicio. El Ministerio Fiscal basaba la proposición y admisión de sus pruebas presentadas en base a lo dispuesto en el Asunto Weeks que habíamos mencionado, es decir, decidió denegar la admisión de las pruebas debido a que no se puede beneficiar de una actuación ilícita, alegando el Tribunal que *“de permitir dicha admisión se vería vulnerado lo dispuesto en la Cuarta Enmienda y la protección que está contempla se vería reducida a palabras”*.

¹⁵³ Doctrina acuñada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en 1920.

¹⁵⁴ Cuarta Enmienda: *“El derecho del pueblo a la seguridad en sus personas, domicilios, papeles y efectos, contra registros y detenciones arbitrarias, será inviolable, y no deben exigirse garantías, sino por una causa probable, apoyada en un Juramento o afirmación y describiendo particularmente el lugar que deba ser registrado y la persona o las cosas que deben confiscarse.”*

¹⁵⁵ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José A. *La doctrina del fruto del árbol envenenado* [en línea] [12/09/2021] [<https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/8944-la-doctrina-del-fruto-del-arbol-envenenado/>], pág.1

¹⁵⁶ La problemática de este caso era que se habían pinchado las llamadas telefónicas de un contrabandista de alcohol y se menciona: *“el juez debe dar a los acusados la oportunidad de demostrar que una parte sustancial de la acusación contra ellos era fruto de un árbol envenenado.”*

¹⁵⁷ Poniendo ejemplos de pruebas obtenidas de manera ilícita sería: obtener una prueba y no respetar el control de legalidad.

hemos visto la prueba se declararía nula al vulnerar derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente y al no haber respetado el control de legalidad al que deben someterse las pruebas de un proceso¹⁵⁸.

La nulidad de la prueba obtenida ilegal o ilícitamente sería insubsanable y lo que conllevaría la nulidad del resto de pruebas que estuvieran derivadas o relacionadas con esta, aunque como veíamos en los apartados anteriores a este no siempre las pruebas que se deriven de una prueba ilícita serán consideradas como tal, sino que habrá que atener al nexo de unión entre ambas y la doctrina que se aplique, es decir, tendremos que ver si se puede aplicar alguna de las excepciones que veíamos en el apartado segundo.

En España, la Teoría del fruto del árbol envenenado se vio consagrada a través de una Sentencia del Tribunal Constitucional en 1984 (STC 114/1984). Se estableció aquí que las pruebas que fueran obtenidas a costa de la vulneración de derechos fundamentales¹⁵⁹ reconocidos en nuestra Constitución no deben tenerse en cuenta en los procesos.¹⁶⁰ Parte de la doctrina española sostiene que esta sentencia apoya la visión restrictiva del concepto de prueba ilícita. Se marca así el inicio de una nueva era, antes de que se dictase esta sentencia no contábamos, dentro de ordenamiento jurídico español, de normas que regulasen la prueba prohibida. El razonamiento¹⁶¹ que se sostiene es que no se pueden admitir aquellas pruebas que atenten contra los derechos fundamentales debido a que estos ostentan una posición preferente e inviolable dentro de nuestro ordenamiento. La admisión daría lugar a tres consecuencias fundamentales: en primer lugar, se tendrían por ignoradas las garantías procesales contenidas en el artículo 24.2 de la CE, se propiciaría la desigualdad entre las partes recogido en el artículo 14 CE y, por último, no podrían considerarse pertinentes debido a lo que dispone, nuevamente, el propio artículo 24.2 CE¹⁶².

¹⁵⁸ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José A. *La doctrina...* op. cit., pág. 2

¹⁵⁹ Se hace especial referencia a derechos como la libertad y la intimidad, reconocidos en los artículos 17 y 18 de la Constitución española.

¹⁶⁰ BERBELL, Carlos y RODRÍGUEZ, Yolanda. “¿Qué es la doctrina del árbol envenenado y por qué es tan importante para hacer Justicia?” [en línea] [13/09/2021] [<https://confilegal.com/20180805-que-es-la-doctrina-del-arbol-envenenado/>]

¹⁶¹ El razonamiento jurisprudencial que nos aporta esta sentencia nos lleva a una nueva disputa doctrinal, como iremos viendo a lo largo de todo el trabajo. Algunos de los comentarios más relevantes en esta materia son vid. ASECIO MELLADO, José M^º. “La prueba prohibida en la Jurisprudencia Constitucional. STC 114/84, de 29 de noviembre”. *Revista Valenciana d’Estudis Autonomics*. Abril, 1985, págs. 289 y ss.

¹⁶² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 24

En este caso, el Tribunal Constitucional no trataba de establecer una definición general de prueba ilícita ni resolver los problemas que esta planteaba, como así se establece en su propio Fundamento Jurídico 4º que dispone: *“no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la “resistencia” frente a la misma de los derechos fundamentales (...)”*. A su vez realiza una distinción entre aquellas pruebas que dan lugar a la infracción de normas no constitucionales frente a las pruebas que provocan la vulneración de derechos fundamentales¹⁶³. A raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional nace, como ya hemos visto, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

De este artículo deducimos que se considerarán ilícitas aquellas confesiones que sean autoinculpatorias, siempre que hayan sido obtenidas bajo la utilización de métodos como torturas o presión.

Tampoco podremos considerar verdaderas pruebas aquellas que hayan sido obtenidas con vulneración de derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio, reguladas en el artículo 18 Constitución Española.

La motivación de la sentencia se basa en asegurar un proceso con todas las garantías constitucionales y la inviolabilidad de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución de 1978¹⁶⁴.

Se deduce de dicha sentencia que de no existir dicha regla de exclusión se verían vulneradas las garantías de proceso que se recogen en el artículo 24.2 de la Constitución Española, ratificando la existencia de una situación de desigualdad entre las partes del proceso, que sería contradictorio a lo dispuesto en el artículo 14 de dicha Constitución.

Se expone que *“el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes” “pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse “pertinente” un instrumento probatorio obtenido en desprecio a los derechos fundamentales de otro”*. Concluyendo la sentencia que *“la nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas*

¹⁶³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 25

¹⁶⁴ MOSQUERA BLANCO, Augusto J. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 11

efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el deterrent effect propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos)”¹⁶⁵.

El Tribunal Constitucional considera que si se admitiesen aquellas pruebas que hayan sido obtenidas ilícitamente daría lugar a un conflicto de intereses entre verdad y derechos, intereses que han sido protegidos por la legislación, más en concreto por la Constitución¹⁶⁶.

La sentencia del Tribunal Supremo 116/2017 de 23 de febrero concluye que la regla de la exclusión probatoria, que se deduce de lo contemplado en el artículo 11.1 LOPJ, es una orden que se debe aplicar a todas las actuaciones de los poderes públicos para poder evitar aquellas actuaciones que resulten perjudiciales para derechos fundamentales. La conclusión de esta afirmación sería que las pruebas que hayan sido obtenidas en base a la vulneración de derechos fundamentales podrían ser admitidas en un proceso, siempre y cuando dicha vulneración haya sido llevada a cabo por un particular.

La doctrina que sienta dicha sentencia supone la finalización de un proceso de *“deconstitucionalización de la regla de exclusión probatoria del artículo 11.1 LOPJ”*. En este sentido, la jurisprudencia española se guía por lo dispuesto en la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos. A este respecto, vamos a realizar una pequeña comparación entre lo dispuesto en la STS 116/2017 y el caso US vs Janis.

En el caso US vs Janis¹⁶⁷ se afirma lo siguiente: *“El principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas”*, dicha exclusión *“tiende a garantizar los derechos (...) a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada”*. Esta tesis muestra su parecido con lo dispuesto en la STS 116/2017, F.D 6º que sostiene que: *“La regla de exclusión solo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito”* y *“la finalidad disuasoria que está en el origen de la exclusión de la prueba ilícita no alcanzaba a Belarmino”*.

¹⁶⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita...* op. cit., pág. 66 y 67.

¹⁶⁶ MOSQUERA BLANCO, Augusto J. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 21

¹⁶⁷ En el Asunto US vs Janis, de 1976, el Tribunal defendía que se excluyen las pruebas obtenidas con violación a la Cuarta Enmienda debido a que si no se hiciera no se podrían garantizar los derechos que se reconocen en esta y no porque exista un derecho que indique que deban desestimar las pruebas ilícitas.

Estos puntos de vista han cambiado la noción original que tenía la doctrina sobre la exclusión probatoria que era la protección de los derechos fundamentales al ser elementos destacados en nuestro ordenamiento jurídico¹⁶⁸.

4.2. Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019 y la Lista Falciani.

Como hemos visto en el apartado anterior, la Teoría de los Frutos del Árbol Envenado tiene su reflejo en el artículo 24.2 de la Constitución Española y en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde se pone de manifiesto que no solo serán inválidas aquellas pruebas obtenidas con violación a los derechos fundamentales, sino que también todas aquellas pruebas que se deriven de estas¹⁶⁹.

La STC 97/2019, de 16 de julio, establece nuevos límites a la doctrina mencionada. En esta sentencia se estudia si se pudiera considerar válida una lista elaborada por Hervé Falciani en la que se ponían de manifiesto datos contables de numerosas personas, en concreto se trataban de datos relativos a la evasión fiscal. Dicha lista fue redactada mientras se encontraba trabajando para la entidad bancaria HSBC en Ginebra, la cual sería filtrada a autoridades tributarias¹⁷⁰.

La STC 97/2019, de 16 de julio de 2019, dictada en Pleno, pone fin a un largo proceso, como hemos ido viendo a lo largo de todo el trabajo, estableciendo que la prueba ilícita debe ser privada de todo amparo constitucional, incluyendo una previsión contraria al artículo 117¹⁷¹ de la Constitución Española al establecer la sumisión de todos los tribunales al imperio de la ley y una ampliación de las potestades jurisdiccionales¹⁷².

Se trata de un recurso de amparo interpuesto contra la STS 116/2017, de 23 de febrero, que declara la validez de documentos bancarios obtenidos ilícitamente por parte de un

¹⁶⁸ MOSQUERA BLANCO, Augusto J. *La prueba ilícita...* op. cit., pág. 21

¹⁶⁹ OEHLING DE LOS REYES, Alberto. Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2019. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Nº 24, 2020, pág.589.

¹⁷⁰ GARCIA MORENO, Alberto. La Lista Falciani y la posibilidad de utilizar la prueba ilícitamente obtenida. El Tribunal Constitucional ha dicho la última palabra. *Revista de opinión*, Nº56, 2019.

¹⁷¹ En dicho artículo 117 de la CE se sostiene que la justicia que los Juzgados y Tribunales no pueden realizar funciones diferentes de las que aparecen mencionadas en el apartado tercero de este mismo artículo y aquellas que les hayan impuesto otras leyes.

¹⁷² OEHLING DE LOS REYES, Alberto. *Crónica de la jurisprudencia...* op. cit., pág.589

trabajador¹⁷³ de la filial suiza del banco HSBC donde exponía a más de 130.000 evasores fiscales¹⁷⁴.

En un primer momento se puede llegar a pensar que utilizar dicha lista en un proceso debería considerarse ilegal debido al modo de obtención, ya que se vulneraron derechos fundamentales de los afectados por la sustracción de dichos datos y, porque en ese momento no había una investigación ni supervisión judicial que lo justificara. Sin embargo, el Tribunal ha justificado la validez de esta prueba alegando que la intimidad económica no merece la misma protección constitucional que el resto de las manifestaciones del derecho a la intimidad, ya que estos datos contables no *“permiten deducir comportamientos o hábitos de la vida del interesado”*, datos estos que merecen especial protección.¹⁷⁵

La admisión de una prueba de este calibre dependerá de *“la intensidad de la afectación del derecho fundamental sustantivo menoscabado según los casos”*. El Tribunal hace una especial mención a las políticas de opacidad bancaria existentes en otros países y paraísos fiscales, deduciendo que aunque es cierto que los efectos de la intromisión ilegítima tuvieron efectos en España, no se puede considerar que los datos bancarios merezcan esa especial protección en España, esto se debe a la existencia de normativa nacional que permite a las autoridades obtener dichos datos siempre y cuando la finalidad sea la de investigar acciones tributarias o penales.

¹⁷³ Hervé Falciani es ingeniero informático que se hizo conocido por elaborar la famosa “Lista Falciani” que contenía datos de clientes del banco con información privilegiada sobre personas que presuntamente cometían delitos de defraudación fiscal. Posteriormente filtró dicha lista a las autoridades de varios países. En España se consiguió regularizar cerca de 300 millones de euros e identificar a casi 659 defraudadores fiscales en el año 2010.

¹⁷⁴ ASENCIO MELLADO, José M^a. *La STC 97/2019...* op. cit., pág.6

¹⁷⁵ OEHLING DE LOS REYES, Alberto. *Crónica de la jurisprudencia...* op. cit., pág. 590

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Respecto al concepto de prueba ilícita.

El concepto de prueba ilícita se encuentra inmerso en un continuo debate desde su aparición en la jurisprudencia americana, utilizándose de manera indistinta los términos prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilícitamente obtenida, etc., señalándolos todos ellos como “aquello contrario a Derecho”. A pesar de los continuos intentos tanto por parte de la doctrina y como de la jurisprudencia española no se ha llegado, todavía, a un consenso.

Tal es la indecisión a cerca del concepto, que tanto Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo establecieron durante un breve periodo de tiempo un concepto definido de prueba ilícita que terminó por desaparecer y volver a las sombras.

SEGUNDA.- Prueba ilícita vs. Prueba Prohibida.

No obstante, hemos centrado el trabajo en los conceptos de prueba ilícita y prueba prohibida. Tratándolos, desde mi punto de vista, como conceptos sobre aspectos distintos. Por un lado, pese a que hay detractores de esta teoría, como DEVIS ECHANDÍA, se consigue realizar la distinción entre ambos conceptos, señalando como prueba ilícita aquella que atenta directamente contra los derechos fundamentales de las personas y, por otro lado, la prueba prohibida se refiere a los efectos o consecuencias de la prueba ilícita.

Se torna clave realizar una distinción de ambos conceptos, incluyendo los límites que se deben respetar.

TERCERO.- Ubicación en la legislación española.

En España, la Ley de Enjuiciamiento Civil introduce una mayor confusión acerca del momento para determinar la vulneración de los derechos fundamentales con los artículos 283 y 287. Problemas que se manifiestan, también, en el Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 1982 que debe garantizar la protección de los derechos fundamentales, trabajando conjuntamente con la Constitución Española y, debiéndose adaptar al paso de los años, la incorporación de las nuevas tecnologías y los nuevos medios probatorios.

CUARTA.- Sobre la STC 114/1984, de 29 de noviembre.

Una de las Sentencias más importantes en este ámbito es la STC 114/1984. En el momento en que fue dictada el Tribunal Constitucional se encontraba estrictamente sometido

a la Constitución y a las potestades que esta le otorgaba por lo que, sin una norma que lo contemplase, era difícil establecer la ilicitud probatoria, debido a que se estarían creando nuevos derechos para los interesados dando lugar a un error procesal básico.

Decidió entonces buscar nuevas interpretaciones a la Constitución y, fue así como consiguió alegar que sobre la base del art. 53.1 CE se establece una garantía constitucional para la prohibición de dicha ilicitud, lo que más tarde se materializaría en una norma de rango legal.

QUINTA.- Momento y forma de denuncia de la prueba ilícita.

Actualmente, las vulneraciones de derechos fundamentales están a la orden del día, la mayor parte de estos derechos son susceptibles de sufrir una transgresión a lo largo de un procedimiento, lo que nos lleva a tener que examinar en profundidad el momento exacto en el que dicha ilicitud ocurre y las formas que tenemos para alegarlo.

Ha quedado reflejado que la prueba ilícita no necesita de una previa denuncia por parte de los afectados, sino que el Ministerio Fiscal o el Juez pueden inadmitirla una vez se den cuenta de su morfología.

En cuanto al momento exacto en el que se produce la ilicitud, debemos atender en primer lugar a la fase de investigación y, en segundo lugar, a la fase de instrucción, dos de los momentos claves donde se producen la mayoría de vulneraciones de derechos.

SEXTA.- La nulidad de las pruebas originariamente ilícitas y el tratamiento de las derivadas.

Las pruebas que hayan sido declaradas ilícitas en el seno de un procedimiento no surtirán efectos, sino que serán declaradas nulas en base al art.11.1 LOPJ. El problema aparece cuando nos encontramos con pruebas que han sido derivadas de estas. Volvemos a encontrarnos aquí con una discusión tanto doctrinal como jurisprudencial. Hay numerosos autores que sostienen que las pruebas que se hayan derivado o descubierto sobre la base de una prueba ilícita deberán ser excluidas del procedimiento y ser declaradas nulas. Sin embargo, en la realidad se aplica un pensamiento muy diferente, teniéndose como finalidad última la persecución del delito, por lo que se han dado lugar a las excepciones en materia probatoria.

Desde mi punto de vista, debemos obviar las pruebas originariamente ilícitas por ser adquiridas a causa de la transgresión de derechos fundamentales, sin embargo, creo que se debe abrir un paréntesis en cuanto a las pruebas derivadas de estas, analizando las excepciones planteadas.

SÉPTIMA.- Las excepciones a la prueba ilícita.

Dichas excepciones tienen su origen en la obra de Ernst Beling en el año 1903 y se aplican por primera vez en la jurisprudencia norteamericana. En España la exclusión probatoria tiene un origen constitucional al ser creada por el propio Tribunal Constitucional y al versar sobre Derechos Fundamentales. Hemos pasado de una jurisprudencia que no contemplaba la prueba ilícita a una jurisprudencia que crea excepciones para poder aplicarla en los procesos.

Tres son las excepciones principales. En primer lugar, la excepción de la buena fe; en segundo lugar, la excepción a la eficacia refleja y, por último, la doctrina de la conexión de la antijuridicidad. Cada una de estas contienen sus propias subdivisiones. La finalidad que tienen es la admisión de pruebas ilícitas o, pruebas derivadas de estas, basándose en que existen elementos que neutralizan dicha ilicitud.

OCTAVA.- Los nuevos medios de prueba electrónicos.

En el Derecho, al igual que en el resto de áreas de conocimiento, es importante mantenerse actualizado. Hoy en día, el principal elemento de la sociedad es la tecnología, herramienta que supone multitud de cambios su aparición. Así pues, la Ley de Enjuiciamiento Criminal se vio reformada para incluir los nuevos medios de investigación tecnológica que suponen un avance en esta materia.

Estos nuevos medios de prueba deben ajustarse a los límites de cuatro principios que son: el principio de especialidad, el principio de idoneidad, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad. Y esto para evitar que se realicen investigaciones tecnológicas que den lugar a vulneraciones de derechos fundamentales, en el supuesto de que dicha investigación no tenga un delito concreto en el que basarse o que se realice de cara a la comisión de futuros delitos.

Es más, parece fácil, desde mi punto de vista, encubrir las vulneraciones que se puedan producir por estos nuevos medios, ya que las investigaciones no se llevan cara a cara

y la manipulación de las máquinas, para aquellos que entiendan su funcionamiento, resulta relativamente sencillo.

NOVENA.- La evolución doctrinal española del concepto de prueba ilícita.

A lo largo de todo el trabajo hemos explicado que el concepto de prueba ilícita se encuentra en un gran debate y que ha sufrido numerosas modificaciones a lo largo del tiempo. Dicha prueba aparece mencionada en la resolución del caso Silverthorne Lumber vs US como “Teoría de los frutos del árbol envenenado” donde equiparaban la prueba al árbol prohibido y la fruta sería el descubrimiento que se realiza a partir de esta. Nombre que se ha adoptado también en España.

En un primer momento se consideraba nula tanto la prueba propiamente ilícita como todas aquellas que se pudieran derivar de estas, al atentar contra Derechos Fundamentales, apoyando una visión restrictiva de este concepto de ilicitud. Alegando que dichos derechos tienen una posición preferente e inviolable dentro de nuestros derechos. Esta interpretación tenía su origen en la STC 114/1984.

Pero la concepción de la nulidad de todas las pruebas, ya fuesen originarias o derivadas duró poco. En la STC 116/2017, se sostiene que aquellas pruebas derivadas de una prueba ilícita podrían ser, y debían serlo, admitidas en un proceso siempre que hubiesen sido obtenidas por un particular.

Teoría que se fue desarrollando hasta llegar a la STC 97/2019, más conocida como Sentencia sobre la Lista Falciani, que establece nuevos límites y acepta la incorporación al proceso de una prueba originariamente ilícita por ser considerada de suma relevancia para el proceso.

En conclusión, y a mi parecer, lo que se juzga no es si existe o no vulneración de derechos fundamentales de los afectados, sino si la prueba es fundamental para la sustanciación de un procedimiento o no, es decir, prevalecen los intereses públicos sobre los derechos de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDAY LÓPEZ CABELLO, Fernando. *La regla de exclusión de la prueba ilícita en España, estudio comparado con la actualidad Mexicana*. Tesis Doctoral. Universitat de Girona. Girona. 2018.
- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana. “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. 2010, nº1, pág. 1- 69.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. “Ponderaciones” judiciales en materia de prueba prohibida y garantías para la nueva investigación en el proceso penal. En: GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*. Editorial Reus, Madrid, 2020, págs. 105-139.
- ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita: (un estudio comparado)*. 2ª Edición. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2009.
- ASECIO MELLADO, José Mª. “La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita”. [en línea] Universidad de Alicante [Fecha de consulta: 23/02/2022][http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110507_02.pdf]. Págs. 46.
- ASECIO MELLADO, José Mª. “La prueba prohibida en la Jurisprudencia Constitucional. STC 114/84, de 29 de noviembre”. *Revista Valenciana d’ Estudis Autonomics*. Abril, 1985, págs. 289 y ss.
- ASECIO MELLADO, José Mª. *La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita*. [en línea] [23/10/2021] [<https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/10/16/la-stc-97-2019-de-16-de-julio-descanse-en-paz-la-prueba-ilicita>]
- BARRIENTOS, Jesús Mª. *Medidas de investigación tecnológicas*. [en línea] [Fecha de consulta: 22/11/2021] [<https://vlex.es/vid/disposiciones-comunes-589559366>]
- BERBELL, Carlos y RODRÍGUEZ, Yolanda. *¿Qué es la doctrina del árbol envenenado y por qué es tan importante para hacer Justicia?* [en línea] [Fecha de

consulta: 13/09/2021][<https://confilegal.com/20180805-que-es-la-doctrina-del-arbol-envenenado/>]

- CONSO, Giovanni. “Natura giuridica delle norme sulle prova nel processo penale”. *Rivista di Diritto Processuale*. 1970, págs. 1 y ss.
- CUADRADO SALINAS, Carmen. “La prueba ilícita en el proceso civil”. *Práctica de Tribunales*. 2010, n° 76, págs. 5- 16.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 6ª Edición. Editorial Temis, Bogotá, 2019.
- ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel y VILLEGAS GARCIA, María Ángeles. “Validez de los medios de prueba tecnológicos”. *Diario La Ley*. 2017, n°9005, Sección Dossier, págs.28.
- GARCIA MORENO, Alberto. La Lista Falciani y la posibilidad de utilizar la prueba ilícitamente obtenida. El Tribunal Constitucional ha dicho la última palabra. *Revista de opinión*, N°56, 2019.
- GIMENO SENDRA, Vicente. “La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción”. *Diario La Ley*. 2013, n° 8021. [en línea] [Fecha de consulta: 10/01/2022] [<https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/06/Prueba-ilicita-Gimeno-Sendra-debate-2.pdf>]
- GINER ALEGRÍA, César A. “Prueba prohibida y prueba ilícita”. *Anales de Derecho*. 2008, n°26, págs. 579-590.
- GÓMEZ COLOMER, Juan L. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Editorial Bosch. Barcelona, 1995. Págs. 629.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús M. “El proceso penal español y la prueba ilícita”. *Revista de Derecho*. Diciembre 2005, vol. XVIII. N°2, págs. 187- 211.
- IBERLEY. *La prueba irregular en el proceso penal*. [en línea] [Fecha de consulta 16/09/2021]. [<https://www.iberley.es/temas/prueba-irregular-proceso-penal-63116>]

- LÓPEZ DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. AKAL, Madrid, 1989, págs. 268.
- LÓPEZ RAMÍREZ, Antonio. *La prueba ilícita penal*. 1ª Edición. Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2019.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José A. *La doctrina del fruto del árbol envenenado* [en línea] [12/09/2021] [<https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/8944-la-doctrina-del-fruto-del-arbol-envenenado/>]
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2ª Edición. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública*. 2010. Mayo. Págs. 131-151.
- MONTON REDONDO, Alberto. *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*. Salamanca: Departamento de Derecho Procesal de la Universidad, 1977.
- MOSQUERA BLANCO, Augusto J. “La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero”. *InDret*. Julio 2018, págs. 34.
- OEHLING DE LOS REYES, Alberto. “Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2019”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 2020, nº 24, págs. 573 – 592.
- PASTOR BORGONÓN, Blanca. “Eficacia en el proceso de las pruebas obtenidas ilícitamente”. *Justicia: revista de derecho procesal*. 1986, nº2, págs. 337-368.
- PICÓ I JUNOY, Joan. “El concepto de prueba ilícita en Michele Taruffo”. *Justicia: revista de derecho procesal*. 2021, nº2, págs. 33- 48.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal*. En: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume. *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2016, págs. 287- 295.

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23ª ed. [versión 23.5 en línea] [25/11/2021] [<https://dle.rae.es>]
- ROMÁN PUERTA, Luis. “La prueba en el proceso penal”. *Aldaba: revista del Centro Asociado de la UNED de Melilla*. 1995, nº24, págs. 47- 80.
- SIMARRO PEDREIRA, Margarita. *La prueba prohibida: ¿del pasado ordálico al futuro garantismo? La doctrina y jurisprudencia al descubierto*. Editorial Reus, Madrid, 2020.
- VEGAS TORRES, Jaime. *Las medidas de investigación tecnológica*. En: CEDEÑO HERNÁN, M. *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*. Aranzadi, 2017, págs. 21 a 47.
- WOLTERS KLUWER. *Prueba ilícita (procesal penal)*. [en línea] [Fecha de consulta:10/01/2022][<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkMTS0MjQ7Wy1KLizPw8WyMDQ0tDQyNTkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAGnJuN01AAAAWKE#I5>]

NORMATIVA

- Constitución Española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978).
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985)
- Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1995)
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm.7, de 8 de enero de 2000).
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (GAZ núm. 260 de 17 de septiembre de 1882)
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (GAZ núm.206, de 25 de julio de 1889)

- Circular 1/1999, de 29 de diciembre, sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales.

JURISPRUDENCIA EUROPEA

- STEDH caso Hoving vs. Francia, de 24 de abril de 1990.
- STEDH caso Kruskin vs. Francia, de 25 de mayo de 1998.
- Auto TEDH caso Abdulkadir Coban vs España, de 25 de septiembre de 2006.

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Tribunal Constitucional

- STC nº 114/1984, de 29 de noviembre, F.J.3º (REC167/1984)
- STC nº 64/1986, de 21 de mayo, F.J 2º (REC 452/1985)
- STC nº 37/1989, de 15 de febrero, F.J 8º (REC 235/1987)
- STC nº 128/1993, de 19 de abril, F.J 3º (REC 1919/1990)
- STC nº 129/1993, de 19 de abril, F.J 2º (REC 2007/90)
- STC nº 86/1995, de 6 de junio, F.J 4º (REC 2682/92)
- STC nº 54/1996, de 26 de marzo, F.J 3º (REC 79/95)
- STC nº 41/1998, de 24 de febrero, Voto particular 2º (REC 2600/94)
- STC nº 81/98, de 2 de abril, F.J 3º (REC 3140/94).
- STC nº 171/1999, de 27 de septiembre. FJ. 4º (REC 3759/96)
- STC nº 8/2000, de 17 de enero, F.J 8º (REC 3507/96)
- STC nº 50/2000, de 28 de febrero, F.J 2º (REC 2498/1995)
- STC nº 22/2003 de 10 de febrero, F.J 10º (REC 4400/99).
- STC nº 184/2003, de 23 de octubre, F.J 6º apartado a (REC 4857/2001).
- STC nº 88/2004, de 10 de mayo, Antecedentes (REC 6545/2003)
- STC nº 121/2004, de 12 de julio, F.J 2º b y d (REC 949/2003).

- STC nº 136/2006, de 8 de mayo, F.J 7º (REC 1142/2002)
- STC nº 66/2009, de 9 de marzo, F.J 4º (REC 7510/2006)
- STC 173/2011, de 7 de noviembre, F.J 2º (REC 5928/ 2009)
- STC 199/2013, de 5 de diciembre, F.J 7º (REC 9530/2005)
- STC 16/2014, de 30 de enero, F.J 3º (REC 10619/2006)
- STC 23/2014, de 13 de febrero, F.J 2º (REC 3488/2006)
- STC 43/2014, de 27 de marzo, F.J 2º (REC 5016/2006)
- STC nº 97/2019, de 16 de junio, Completa (REC 1805/2017).

Tribunal Supremo

- STS nº 4013/1991, de 16 de diciembre, F.J 1º (REC 7033/1991)
- Auto de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, del 18 de junio de 1992, F.J 4º (REC 610/1990)
- STS nº 808/1997 de 7 de junio, F.D 2º (REC 1415/1996).
- STS nº 974/1997, de 4 de julio, F.D 4º (REC 1367/1996)
- STS nº 783/1998, de 2 de septiembre, F.D 2º (REC 1300/1994)
- STS nº 1451/2003, de 26 de noviembre, F.J.10º (REC 733/2002)
- STS nº 9/2004, de 19 de enero, F.D 5º (REC 1121/2002).
- STS nº 864/2005, de 22 de junio, F.D 1º (REC 372/2004)
- STC nº 136/2006, de 8 de mayo, F.J 7º (REC 1142/2002)
- STS nº 386/2007, de 29 de marzo de 2007 (REC 1070/2000).
- STS nº 370/2008, de 19 de junio, Voto particular 4º (REC 1892/2007)
- STS nº 817/2012, de 23 de octubre, F.D 2º (REC 92/2012)

- STS nº 43/2013, de 22 de enero, F.J. 4º (REC1615/2012)
- STS nº 233/2013, de 22 de enero, F.D 8º (REC 838/2013)
- STS nº 342/2013, de 17 de abril, F.D 6º (REC 1461/2012)
- STS nº 116/2017, de 23 de febrero, F.D 6º (REC 1281/2016).
- STS nº 287/2017, de 19 de abril, F.D 2º (REC 1893/2016)
- STS nº 422/2017, de 13 de junio, F.D 3º (REC 1892/2016)

JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE

- Asunto Nix vs. Williams 467 U.S. 431 (1984)
- Asunto Leon vs United States 468 U.S. 897 (1984)
- Asunto Boyd vs. United States 116 U.S. 616 (1886)
- Asunto Segura vs United States 468 U.S. 796 (1886)
- Asunto Weeks vs. United Stated 232 U.S. 383 (1914)
- Asunto Silverthone Lumber Co. Vs. U.S. 251 U.S. 385 (1920)
- Asunto Nardone vs United States 308 U.S. 338 (1939)
- Asunto Bynum vs United States 262 U.S. 465 (1960)
- Asunto Wong Sun vs U.S. 371 U.S 471 (1963)
- Asunto US vs Janis U.S.428 U.S 433 (1976)