

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE GRADO EN DERECHO

Valoración de la prueba ilícitamente obtenida.

AUTOR

Amaya Roldán Marzo.

DIRECTOR

Blanca Gesto Alonso

Pamplona

Junio 2016

RESUMEN: En el proceso civil, la prueba admitida en cuya obtención u origen se haya producido una vulneración de algún derecho o libertad fundamental no surtirá efecto, tal y como indica el art. 11.1 LOPJ, en virtud de la supremacía que ocupan los derechos fundamentales en nuestro Ordenamiento. Para ello, se establece un incidente contradictorio en el que se prevé que la denuncia y declaración de la ilicitud de una prueba se lleve a cabo en un momento anterior al de su práctica, para así evitar que el juez sentenciador llegue a conocerla y no surta efecto alguno en el enjuiciamiento de los hechos por parte del tribunal. En caso de apreciarse la ilicitud en un momento posterior al indicado, el juez tiene la obligación de prescindir de la valoración de la prueba ilícita en su sentencia, y fallar conforme al resto de pruebas obtenidas respetando la legalidad exigida.

PALABRAS CLAVE: Derecho fundamental, Ineficacia, LEC, LOPJ, Prueba ilícita.

ABSTRACT: In the civil procedure, the evidences obtained violating fundamental rights (illegal evidences) must be excluded of the procedure due to the contain of the article 11.1 LOPJ. The reason is the supremacy of the fundamental rights in our Legal System. For this, is set a contradictory incident to declare the illegality of a evidence before its practice takes place; this is relevant for avoiding the knowledge and the application of the judge in his judgment. If the illegality of the evidence is known after its practice, the judge is banned in evaluating the illegal evidence in the final sentence. Therefore, he has to use only the evidences which had been obtained respecting fundamental rights.

KEY WORDS: Fundamental rights, Inefficiency, LEC, LOPJ, Illegal evidence.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	5
I. INTRODUCCIÓN	6
1. La prueba como derecho fundamental	6
2. Concepto de prueba.....	7
3. Objeto de prueba.....	7
II. ADMISIÓN O INADMISIÓN DE LA PRUEBA	9
1. Proposición de prueba.....	9
2. Criterios de admisión de la prueba.	10
III. LICITUD DE LA PRUEBA	11
IV. DENUNCIA DE LA PRUEBA ILÍCITA: PROCEDIMIENTO CONTRADICTORIO.	13
1. Introducción.....	13
2. Denuncia de la ilicitud de la prueba a instancia de parte o de oficio.....	13
2.1 <i>Incidente contradictorio</i>	14
2.1.1 Juicio ordinario.....	16
2.1.2 Juicio verbal.....	16
2.2 <i>Debate y resolución de la ilicitud alegada</i>	16
V. EFECTOS DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA.....	18
1. Introducción.....	18
2. Efectos de la ilicitud denunciada con anterioridad a su práctica.	20
3. Efectos de la ilicitud denunciada con posterioridad a su práctica.....	21
3.1 <i>El efecto psicológico de la prueba ilícita</i>	23
V. ALCANCE DE LA INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA.....	26

1. Introducción.....	26
2. La Doctrina de los frutos del árbol envenenado.....	26
3. Inadmisión de ciertos efectos reflejos de la prueba ilícita: límites.....	30
VI. SUPUESTOS ESPECÍFICOS.....	31
1. Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.....	32
2. Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.....	34
3. Derecho fundamental a la intimidad y a la integridad física.....	37
VII. CONCLUSIÓN.....	40
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	42
IX. JURISPRUDENCIA.....	43

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial.
AP	Audiencia Provincial.
Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
CC	Código Civil.
CE	Constitución Española.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero del 2000, de Enjuiciamiento Civil.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de junio, del Poder Judicial.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STC/SSTC	Sentencia/s del Tribunal Constitucional.
STS/SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN

1. La prueba como derecho fundamental

El artículo 24 de la Constitución Española recoge una serie de garantías procesales que conforman el derecho a la tutela judicial efectiva, a las que otorga el carácter de derechos fundamentales. En el apartado segundo de tal precepto se recoge, entre ellas, el derecho a la prueba, configurándose de la siguiente manera “Asimismo, todos tienen derecho a (...) utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”. Este derecho fundamental comprende el derecho de las partes de alegar y de probar lo alegado para así defender sus respectivas pretensiones en el proceso. El hecho de que este derecho se encuentre recogido como derecho fundamental en nuestra constitución hace que las demás leyes y regulaciones de nuestro ordenamiento tengan que respetarlo en virtud del principio de jerarquía normativa¹.

Pese a que en la Constitución no se especifica nada más acerca del derecho a la prueba, éste es ejercitable en cualquier orden jurisdiccional, tal y como se establece en distintos pactos y tratados internacionales ratificados por España y se deduce de numerosas sentencias. Un ejemplo de ello es el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966² vigente en España. A estos efectos, también cabe destacar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la STC 165/2001, del 16 de julio, en cuyo fundamento jurídico segundo dice que el derecho a la prueba “opera en cualquier tipo de proceso en el que el ciudadano se vea involucrado”.

De entre los distintos órdenes jurisdiccionales en los que, como ya se ha explicado, se puede ejercitar el derecho a la prueba, vamos a analizar su ejercicio en el proceso civil, regulado en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. En dicha ley se regula el desarrollo de la actividad probatoria en el proceso civil, estableciendo una serie de

¹El Principio de jerarquía normativa se reconoce en el art. 9.3 CE y supone la ordenación jerárquica o escalonada de las normas jurídicas de modo que las normas de rango inferior no pueden contradecir ni vulnerar lo establecido por una norma de rango superior, estando en la cúspide de la ordenación la Constitución Española.

²El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice que “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

requisitos formales que deben cumplir todos los medios de prueba propuestos para que puedan ser admitidos por el tribunal. Con base en ello, se puede decir que el carácter fundamental del derecho a la prueba no implica que éste sea absoluto, incondicionado e ilimitado, ya que se requiere el cumplimiento de tales requisitos formales.

Lo que supone que el derecho a la prueba tenga carácter de derecho fundamental es que deba aplicarse de forma directa e inmediata y que el juez deba priorizar este derecho frente a otros intereses también protegidos por el ordenamiento jurídico, pero de rango inferior a éste, siempre que las pruebas propuestas sean pertinentes y cumplan con los requisitos legales establecidos en la Ley 1/2000³.

Por todo ello, el contenido que se recoge en el artículo 24 de la Constitución Española respecto al derecho a la prueba es el contenido mínimo de este derecho, que implica el derecho de las partes a proponer y practicar aquellas pruebas necesarias para ejercitar su defensa en el proceso.

2. Concepto de prueba

La prueba se define como aquella actividad de las partes que tiene por objeto acreditar la certeza de los hechos controvertidos que fundamentan la tutela judicial solicitada en el proceso. Este concepto hace referencia a la prueba como procedimiento o actividad procesal de las partes, sin embargo el término de prueba es muy amplio puesto que al hablar de la prueba nos podemos referir a diversas realidades, tales como la carga de la prueba, el momento para practicar la prueba, medios de prueba...

Tal y como se deduce del concepto de prueba, se trata de una actividad procesal de parte puesto que tiene por objeto demostrar la certeza positiva o negativa de los hechos alegados por las partes en la demanda y en la contestación a la misma. Pese a ello, esta actividad procesal puede llevarse a cabo de oficio, tal y como prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 282⁴.

3. Objeto de prueba.

Son objeto de prueba los hechos controvertidos alegados por las partes en los escritos de demanda y de contestación a la demanda y, en su caso, aquéllos que se

³Véase STC 165/2001, del 16 de julio, FJ 2.

⁴ Así, el art. 282 LEC establece que “Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”.

introduzcan en un momento posterior conforme con las normas que regulan esta cuestión⁵, es decir, los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso. Se probarán tanto los hechos fundamentales, esto es, aquellos que corresponden directamente al supuesto de hecho alegado, como los hechos accesorios, que son aquellos que guardan relación indirecta con el supuesto de hecho alegado.

Ahora bien, no todos los hechos alegados por las partes van a ser objeto de prueba puesto que, en este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé una serie de excepciones.

En primer lugar, el legislador pone énfasis en que únicamente se deben probar los hechos alegados sobre los que existe controversia, de tal manera que están exentos de prueba los hechos sobre los que exista conformidad entre las partes, es decir, los hechos admitidos (arts.281 LEC). En relación con los hechos alegados exentos de prueba, tampoco será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general, considerando como tales los que son conocidos pública y necesariamente por el juez sentenciador.

En segundo lugar, tampoco pueden ser objeto de prueba los fundamentos legales sobre los que basan sus pretensiones las partes, es decir, el derecho aplicable al asunto, debido a que es un hecho cierto conocido por el juzgador puesto que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio *Iuranovit curia*⁶. Sin embargo, este principio procesal cubre únicamente las normas de derecho escrito, interno y general, por ello, en determinadas ocasiones, sí es necesario probar alegaciones normativas que no entran dentro de esas coordenadas generales. En razón de lo anterior, van a ser objeto de prueba las normas jurídicas extranjeras y las normas consuetudinarias que se aleguen como fundamentos legales. La costumbre va a ser objeto de prueba salvo que las partes estuvieren conformes en su existencia y contenido y sus normas no afecten al orden público. En relación al derecho extranjero, es la parte que lo alega la que tiene la carga de probar su contenido y vigencia ya que en caso de resultar acreditado, será aplicado por el juzgador y fundamentará la sentencia. En esta misma línea, tampoco será necesario probar las máximas de experiencia alegadas por las partes cuando el juez sentenciador tenga

⁵ Véase arts. 399, 400, 405 y 426 de la LEC.

⁶*Iuranovit curia* es un aforismo latino, que significa literalmente “el juez conoce el derecho”, utilizado en derecho para referirse al principio de derecho procesal según el cual el juez conoce el derecho aplicable, y, por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas.

conocimiento de los conceptos y juicios de valor que recaen sobre las normas legales en las que las partes fundamentan sus pretensiones⁷.

En conclusión, la prueba es una actividad procesal de parte, regulada en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que tiene por objeto convencer al juez sobre la veracidad de los hechos o situaciones de hecho alegadas por las partes en la demanda y en la contestación a la demanda. Para ello, se probarán los hechos alegados sobre los que exista controversia entre las partes, no siendo necesario probar los hechos notorios y conocidos por el juez y estando prohibido probar los hechos admitidos por las partes. Como bien sabemos, la actividad probatoria es fundamentalmente una actividad de parte, sin embargo, de manera excepcional, el Tribunal podrá acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas o se aporten determinados documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios con el fin de adquirir la veracidad sobre los hechos alegados que se pretende obtener con dicha actividad, tal y como se establece en el artículo 282 LEC.

II. ADMISIÓN O INADMISIÓN DE LA PRUEBA

1. Proposición de prueba.

Como se ha explicado, la prueba constituye un elemento esencial del principio a la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho de las partes de alegar y de probar para la defensa de sus respectivas pretensiones, haciéndose valer de los medios de prueba que estimen convenientes. Por constituir un derecho fundamental, éste no es absoluto e incondicionado ya que la prueba debe solicitarse en tiempo y forma y ajustarse a los requisitos legalmente establecidos.

Las pruebas se deben proponer en la audiencia previa, cuando se trate de un juicio ordinario, o en la vista, en caso de ser un juicio verbal y, al ser ambos actos orales, las pruebas han de proponerse también de forma oral.

En el momento de proponer las pruebas se debe seguir un orden, cada medio de prueba se propone de forma separada, incluyendo, cuando sea necesario, la dirección o el

⁷ Las máximas de experiencia son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.

domicilio de las personas que deban ser citadas para su comparecencia en la práctica de la prueba por ser testigos, peritos, etc.⁸. Además, en función del tipo de medio de prueba que se vaya a proponer, habrá que atenerse a las exigencias de su propia configuración legal.

2. Criterios de admisión de la prueba.

Propuestas las pruebas conforme a las exigencias formales ya explicadas, el tribunal resolverá sobre la admisión o inadmisión de cada una de ellas. Dicha decisión no se toma de forma arbitraria, sino en base a los criterios de pertinencia y utilidad de la prueba. De este modo, el tribunal solo puede admitir aquellas pruebas que sean pertinentes y útiles, pues de lo contrario estaría contraviniendo lo previsto en el artículo 283 de la LEC que indica que no deben admitirse aquellas pruebas que se consideren impertinentes e inútiles. Dichos conceptos vienen definidos en la ley.

Así son impertinentes aquellas pruebas que no guardan relación con el objeto del proceso. Se consideran también impertinentes aquellas pruebas que recaigan sobre materias que no pueden ser objeto de prueba y aquellas otras pruebas que recaigan sobre hechos no debatidos o ajenos a la causa (art. 283.1 LEC).

Son inútiles aquellas pruebas que, aun teniendo relación con los hechos litigiosos, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso pueden contribuir a esclarecer los hechos controvertidos, es decir, aquellas pruebas con las que objetivamente no se puede lograr el resultado previsto (art.283.2 LEC).

Teniendo en cuenta los criterios de pertinencia y utilidad el tribunal acordará la admisión o inadmisión de cada medio de prueba propuesto. Frente a esta resolución judicial cabe interponer recurso de reposición, amparado en el artículo 285 de la LEC que se sustancia y se resuelve en el mismo acto. En caso de que el tribunal desestime el recurso de reposición, la parte interesada podrá formular protesta a efectos de hacer vales sus derechos en segunda instancia.

⁸El artículo 284 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 establece que “La proposición de los distintos medios de prueba se hará expresándolos con separación. Se consignará, asimismo, el domicilio o residencia de las personas que hayan de ser citadas, en su caso, para la práctica de cada medio de prueba. Cuando, en el juicio ordinario, las partes no dispusieren de algunos datos relativos a dichas personas al proponer la prueba, podrán aportarlos al tribunal dentro de los cinco días siguientes.”

III. LICITUD DE LA PRUEBA

Dentro de la prueba útil y pertinente debemos abordar el tema de la prueba ilícita puesto que esta cuestión solo será de interés en el proceso cuando dicha prueba ya haya sido admitida por el tribunal. Si lo ha sido, debe entenderse que es porque reúne los requisitos de pertinencia y utilidad a los que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior. Por lo tanto, la ilicitud de la prueba no guarda relación con los criterios de admisibilidad, sino con el criterio de eficacia de la prueba, es decir, si se puede practicar en el proceso y ser utilizada por el tribunal como uno de los medios de convicción sobre la certeza o incerteza de los hechos o situaciones de hecho alegadas por las partes.

En el proceso civil cuando se habla de prueba lícita se habla de la ausencia de ilegalidad en la obtención del medio de prueba admitido. Entendiendo esta ilegalidad en un sentido amplio, se considera prueba lícita aquella que se ha obtenido sin infringir derechos y/o libertades fundamentales o cualquier otro derecho de distinta naturaleza y, además, respetando las normas que rigen el proceso. Sin embargo, entendiendo la ilegalidad en la obtención de la prueba en un sentido estricto, se considera prueba lícita aquella que se obtiene, de forma directa o indirecta, sin vulnerar los derechos y libertades fundamentales del ciudadano. En el primer supuesto nos referimos a la ausencia de ilegalidad de carácter ordinario y en el segundo supuesto a la ausencia de ilegalidad de carácter constitucional. Hacer tal distinción es muy importante a efectos de eficacia del medio de prueba en el proceso civil ya que, en virtud del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, quedan sin efecto aquellas pruebas que, directa o indirectamente, se hayan obtenido violentando los derechos y las libertades fundamentales, es decir, en cuya obtención se haya producido una ilegalidad de carácter constitucional, refiriéndose así a la prueba ilícita.

El mencionado precepto ya nos habla de la prueba ilícita en sentido estricto, al igual que lo hace el Tribunal Supremo justificando tal restricción de la siguiente manera: “el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad. (...) Esto es, los límites del derecho a la prueba, consagrado en nuestra Constitución, determinan que únicamente pueden reputarse ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se violen derechos fundamentales de rango equivalente o

mayor que el derecho a la prueba”⁹. Atendiendo al citado pronunciamiento del TS, por un lado, se considera prueba ilícita únicamente a aquella en cuya obtención se ha infringido algún derecho de carácter fundamental, de los comprendidos entre los artículos 14 al 29 CE y no otro de distinta naturaleza. Y, por otro lado, se habla de prueba ilícita cuando la referida vulneración del derecho fundamental se ha producido en el momento de obtención de la prueba y no en un momento posterior.

Una vez hecha tal distinción y entendiendo la prueba ilícita de un modo restrictivo, ésta va a quedar sin efecto en el proceso en virtud del artículo 11.1 LOPJ ya mencionado, el cual tiene su origen en la conocida sentencia del Tribunal Constitucional núm. 114/1984, de 29 de noviembre¹⁰, de la que se ha hecho valer la doctrina y la jurisprudencia para defender una concepción restrictiva de la prueba ilícita hasta la configuración legal del mencionado precepto en el año 1985. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional proclamó con carácter absoluto la ineficacia de las pruebas obtenidas mediante la vulneración de derechos y/o libertades fundamentales. En el fundamento jurídico cuarto encontramos el siguiente pronunciamiento “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”, por lo que se deduce que el TC limita la aplicación de la sanción de nulidad únicamente a las que se obtienen con violación de derechos fundamentales.

En el año 2000 se reforzó el concepto restrictivo de la prueba ilícita introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 287 en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, el cual, bajo el nombre de “prueba ilícita”, establece que “cuando alguna de las partes entendiera que en 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”, una vez más se vuelve a vincular el concepto de prueba ilícita con la vulneración de derechos de carácter fundamental en el momento de su obtención u origen.

De este modo, en nuestro sistema jurídico la obtención de la prueba está supeditada a ciertas condiciones que conceden determinadas garantías al proceso, y que resultan

⁹ STS núm. 202/2010, sala primera de lo Civil, de 8 de abril.

¹⁰ Sentencia en la que por primera vez el Tribunal Constitucional declara la ineficacia de una prueba obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental, concretamente el derecho al secreto de las comunicaciones amparado en el art. 18.3 de nuestra Constitución.

convenientes para proteger los derechos fundamentales del ciudadano, tales como el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la intimidad u otros de igual rango constitucional. De esta forma, se puede afirmar que los derechos fundamentales actúan como límite para el ejercicio del derecho a la prueba. En este sentido, cuando el medio de prueba admitido se ha obtenido mediante la violación de alguno de los derechos fundamentales incluidos en los artículos 14 al 29 CE se considera medio de prueba ilícito y carece de eficacia en el proceso civil puesto que, en caso contrario, entraría en colisión con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes¹¹.

IV. DENUNCIA DE LA PRUEBA ILÍCITA: PROCEDIMIENTO CONTRADICTORIO.

1. Introducción.

Como ya se ha explicado en el epígrafe anterior, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial deja sin efecto en el proceso civil aquella prueba en cuya obtención u origen se ha producido la vulneración de un derecho y/o libertad fundamental. Sin embargo, tal precepto no se pronuncia sobre el procedimiento a seguir para impugnar y, en su caso, declarar la ineficacia del medio de prueba en cuestión. No fue hasta el año 2000 cuando el legislador estableció un procedimiento a seguir en la denuncia de la ilicitud de la prueba, cubriendo así la laguna legal que existía hasta el momento.

De este modo, la Ley 1/2000 de 7 de enero, reguló en su art. 287, un incidente contradictorio para denunciar, discutir y probar el carácter ilícito de una prueba “admitida”, lo que supone que no se contempla la posibilidad de poner de manifiesto la ilicitud de la prueba antes de su admisión precisamente con el fin de evitar ésta.

2. Denuncia de la ilicitud de la prueba a instancia de parte o de oficio.

El artículo 287 LEC establece que son las partes las que de manera inmediata deben poner en conocimiento del juez y, en su caso, dar traslado a las demás partes sobre la

¹¹ Así lo defiende el TC en su sentencia núm. 114/1984 en la cual establece que “su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias al proceso (art.24.2 CE) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art.14 CE), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro”.

presunta ilicitud de alguna de las pruebas propuestas y admitidas, pues generalmente son sus derechos los que se ven lesionados mediante la obtención de dicha prueba.

De este modo, podrán impugnar la ilicitud de la prueba las partes litigantes del proceso, no siendo posible la impugnación por parte de un tercero no litigante con independencia de que hayan sido sus derechos los que presuntamente se hayan visto afectados. En este sentido, la AP de Madrid en su sentencia núm. 229/2008, de 11 de marzo, establece que “la aptitud subjetiva para cuestionar la pretendida ilicitud de un medio de prueba se circunscribe a quien viéndose afectado por la pretendida obtención ilegítima del medio de prueba de que se trate sea parte en el proceso. Así, no tienen ni pueden tener intervención en el incidente terceros no litigantes que pudieran haber visto vulnerados sus derechos fundamentales por la prueba ilícita. Estos últimos podrán impetrar del órgano jurisdiccional la tutela de sus derechos instando el planteamiento *ex officio iudicis* de la cuestión de la ilicitud”.

A su vez, dado que los órganos jurisdiccionales tienen el deber de ser los primeros garantes de los derechos fundamentales de los ciudadanos, el mismo precepto legal prevé que esta cuestión pueda ser promovida también por el tribunal de oficio. En esta misma línea, se debe traer a colación la SAP de Madrid a la que acabamos de referirnos, la cual dice que “si el Juez, sin instancia de parte albergase alguna incertidumbre acerca de si alguna prueba puede tener o no esta calidad, debe promover de oficio la cuestión oportuna, formal y tempestivamente.” Por lo que si el juez aprecia de oficio la presunta ilicitud en el origen de alguna de las pruebas propuestas y admitidas, es él el que debe iniciar el incidente contradictorio previsto en el artículo 287 LEC, sin necesidad de que tal cuestión sea suscitada a instancia de parte.

2.1 Incidente contradictorio.

El artículo 287 LEC establece un incidente contradictorio para cuestionar y analizar la ilicitud de la prueba tanto en el proceso ordinario como en el juicio verbal. Dicho artículo viene a decir que, con carácter general, la ilicitud de la prueba se debe impugnar después de haber sido admitida, por ser útil y pertinente, y antes de llevarse a cabo su práctica, con independencia de quién realice la referida impugnación. En este sentido, la Audiencia Provincial de Las Palmas en su sentencia núm. 476/2006, de 20 de noviembre, recalca que “el designio del art. 287 LEC es que la cuestión haya quedado resuelta antes de comenzar a practicar las pruebas en el acto del juicio.” De este modo,

cuando se tenga conocimiento de la presunta ilicitud en el origen de una prueba admitida, la parte interesada o el tribunal de oficio debe impugnarla con anterioridad a su práctica, conforme a lo dispuesto en el mencionado precepto. La razón de ello, que se explicará más adelante y de forma más detallada, es que el juzgador no llegue a conocer la prueba ilícita para no verse condicionado por la misma de forma inconsciente en el enjuiciamiento de los hechos, puesto que tal prueba no puede tener eficacia alguna en el proceso.

Sin embargo, puede ocurrir que cualquiera de las partes conozca la ilicitud de la prueba tras haberse llevado a cabo su práctica. En este supuesto, debemos entender que la parte afectada puede igualmente impugnar la prueba practicada por considerarse ilícita para que así el juzgador no la tenga en cuenta a la hora de enjuiciar los hechos.

En efecto, si bien, como hemos dicho, el art. 287 contempla la ilicitud como causa de exclusión de la práctica de la prueba, ello no es razón suficiente para considerar precluida la posibilidad de denunciar la ilicitud de una prueba ya practicada, cuando ha sido, precisamente, su realización la que ha permitido el descubrimiento de la vulneración constitucional. El planteamiento tardío de tal cuestión no ha podido impedir la admisión y práctica de una prueba ilícita; pero no por ello deja de ser nula de pleno derecho y por ello mismo no susceptible de valoración judicial¹². Consecuentemente, ante la práctica de una prueba ilícitamente obtenida, el tribunal, de oficio, o a instancia de parte, antes de dictar sentencia y oyendo previamente a las partes, podrá declarar la nulidad de la referida prueba y su erradicación, o falta de efecto en el proceso, al amparo de los arts. 225-5º y 227.2 LEC, en relación con el art. 11.1 LOPJ y de la doctrina Constitucional que ha establecido la nulidad radical de la prueba obtenida violentando derechos fundamentales¹³.

¹² En tal sentido FERNÁNDEZ URZAINQUI J, en *Comentarios a la Nueva ley de Enjuiciamiento civil*. T. II. Barcelona 2001, pág.1340, entiende que cabe el rechazo de una prueba ilícita admitida y practicada con amparo en las normas procesales sobre nulidad de actuaciones y con amparo en el art. 11.1 LOPJ que deja claramente sin efecto cualquier prueba obtenida con vulneración de algún derecho fundamental.

¹³ SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, 80/1991, de 15 de abril y 85/1994 de 14 de marzo, entre otras.

2.1.1 Juicio ordinario.

En el proceso ordinario, el momento adecuado para plantear el origen ilícito de una determinada prueba es la audiencia previa, por ser éste el momento de proposición y admisión de la prueba.

No obstante lo anterior, puede ocurrir que la parte afectada tenga conocimiento de la presunta ilicitud en un momento posterior a la celebración de la audiencia previa. En este supuesto, se podrá denunciar la ilicitud del medio de prueba afectado en el mismo acto del juicio, antes de dar comienzo su práctica. Cuando alguna de las partes plantea la ilicitud de la prueba tras haberse celebrado la audiencia previa, lo común es que lo haga por escrito y dando traslado a las demás partes.

Así, en el mismo acto del juicio se va a poder impugnar un medio de prueba por ser aparentemente ilícito, no siendo posible su impugnación por otra razón distinta a ésta. Es decir, una vez finalizada la celebración de la audiencia previa exclusivamente caben alegaciones sobre la vulneración de derechos y libertades fundamentales en el origen u obtención de la prueba.

2.1.2 Juicio verbal.

En el juicio verbal, el momento idóneo para que las partes, o el tribunal de oficio, denuncien la ilicitud de un medio de prueba por considerar que en su obtención u origen se ha vulnerado algún derecho o libertad de carácter fundamental, tiene lugar al comienzo de la vista, una vez propuesta y admitida la prueba.

2.2 *Debate y resolución de la ilicitud alegada.*

Una vez alegada la ilicitud de la prueba por la parte afectada o por el tribunal de oficio, las partes debatirán sobre la presunta ilicitud llevada a cabo en la obtención u origen del medio de prueba cuestionado. Es en el primer momento del acto del juicio cuándo se resuelve esta cuestión, tal y como establece el artículo 433.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁴. Para probar el carácter ilícito de la prueba impugnada se oirá a las partes y se practicarán las pruebas pertinentes y útiles propuestas a tal efecto.

¹⁴ El artículo 433.1LEC establece que “El juicio comenzará practicándose, conforme a lo dispuesto en los artículos 299 y siguientes, las pruebas admitidas, pero si se hubiera suscitado o se suscitare la

Finalizada la práctica de la prueba propuesta para determinar la licitud o ilicitud de la prueba, el juez la valora y resuelve admitiendo o rechazando la eficacia de la prueba en cuestión, de forma oral y en el mismo acto del juicio, motivando siempre su decisión. Así se pronunció la AP de Barcelona en su Sentencia núm. 192/2009, de 31 de marzo¹⁵, diciendo que “la cuestión planteada por el demandado al calificar de ilícita la prueba biológica aportada de contrario, debía haber sido resuelta en el acto de la vista tal y como prevé el artículo 287 de la LEC, y no en sentencia.” La razón de ello es que si la Juez a quo entiende que la prueba es ilícita por haberse obtenido con vulneración de los derechos fundamentales, deberá resolver sobre este extremo en el acto de la vista y no posteriormente en sentencia, pues en caso contrario privaría a la parte actora de la posibilidad de ser oída y del correspondiente recurso de reposición, que se explicará a continuación, previsto en el citado precepto.

Tanto en el juicio ordinario como en el juicio verbal, la resolución del tribunal en la que se determina la licitud o ilicitud del medio de prueba cuestionado y, consecuentemente, su eficacia o ineficacia puede ser impugnada por las partes, con independencia de su contenido.

Es decir, contra la admisión o inadmisión la prueba podrán hacer las partes uso del recurso y protesta a que se refieren respectivamente para el proceso ordinario y el verbal los artículos 287.2 y 446 LEC

En lo que se refiere el art. 287 LEC respecto a la recurribilidad de la resolución judicial en torno a la prueba ilícita en primera instancia, es únicamente aplicable en el juicio ordinario puesto que existen en la Ley otras disposiciones legales que nos llevan a tal conclusión, como es el artículo 446 LEC referido al juicio verbal¹⁶. De este modo, en el juicio ordinario la parte afectada puede interponer un recurso de reposición para impugnar la resolución del tribunal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 285 LEC. El

vulneración de derechos fundamentales en la obtención u origen de alguna prueba, se resolverá primero sobre esta cuestión”.

¹⁵ Sentencia dictada a tenor del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el día 4 de febrero de 2008, en el Juicio de Filiación, número 623/2007 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Hospitalet de Llobregat. En dicho recurso se solicita la nulidad de la sentencia apelada por infracción de lo que dispone el artículo 287 de la LEC. En tal sentencia se declara la ilicitud de la prueba biológica aportada por la parte actora en su escrito de demanda, sin haber resuelto tal cuestión en el acto de la vista conforme a lo previsto en el precepto ya mencionado, lo que determina principalmente la desestimación de la impugnación de la paternidad no matrimonial reclamada por la parte apelante.

¹⁶ Así lo defiende GARCIMARTÍN MONTERO, R, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, VOL I, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, págs. 1339 y 1340.

mencionado recurso debe ser interpuesto cumpliendo los requisitos formales establecidos en los artículos 451 y siguientes del mismo cuerpo legal y, además, en la motivación del recurso se deben razonar las dudas acerca de la admisibilidad del medio de prueba cuestionado. Este recurso se interpone, se sustancia y se resuelve de forma oral en el mismo acto del juicio o vista.

En el juicio verbal no está previsto el recurso de reposición ya que el art. 466 solo prevé que, contra la resolución del tribunal sobre la admisión de pruebas que se denunciaron como obtenidas con violación de los derechos fundamentales, las partes puedan formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia.

Si la impugnación de la prueba ilícita en primera instancia ha sido infructuosa, se puede volver a impugnar la ilicitud en segunda instancia, a través del recurso de apelación contra la sentencia definitiva, regulado en los arts. 458 y ss. LEC. En este sentido, la AP Málaga en su sentencia núm. 27/2009, de 29 enero, dice que para que se pueda alegar en el recurso de apelación que la prueba es ilícita se exige que se haya hecho la denuncia en la instancia.

V. EFECTOS DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA.

1. Introducción.

En primer término, resulta conveniente aclarar que la verificación de la ilicitud en el origen de la prueba no va a suponer su inadmisión en el proceso civil puesto que la prueba debe haber sido admitida por el tribunal para, así, poder impugnar, debatir y determinar su referida ilicitud conforme a lo dispuesto en el art.287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al referirse el legislador en tal precepto a la prueba admitida, debemos entender que no ha previsto que sea el juez quien se pronuncie *a priori* sobre tal aspecto y rechace su admisión por considerarse ilícita. En ese supuesto, cuando el juez considere que la prueba se ha obtenido antijurídicamente, debe admitirla e iniciar un incidente contradictorio para debatir y determinar la ilicitud llevada a cabo en su obtención. Por lo que la ilicitud de la prueba nunca va a suponer su inadmisión en el proceso civil, ya que no se puede denunciar la ilicitud de una prueba sin haber sido previamente admitida.

Así, una vez admitida la prueba y verificada su ilicitud por parte del tribunal, la prueba ilícita no surtirá efecto en el proceso civil a tenor de lo dispuesto en el art.11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La ineficacia de la prueba ilícita en el proceso civil tiene su origen en la STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre, en la que Tribunal Constitucional acuerda por primera vez que una prueba obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental debe quedar sin efecto en el proceso civil. El TC explica que la ineficacia que recae sobre la prueba ilícita se debe a la posición predominante que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, defendiéndolo de la siguiente manera “en realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso”. Lo que hace el Tribunal Constitucional es ponderar los intereses en tensión (interés público en la obtención de la verdad e interés en el reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales) para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro, optando al fin por el pleno reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales. De este modo, establece el Tribunal Constitucional que “aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental”. En suma, otorgar eficacia procesal a la prueba ilícita produciría un menoscabo en el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes, desigualdad producida en el momento en el que una parte obtenga un instrumento probatorio violentando los derechos fundamentales del contrario. La jurisprudencia se hizo valer de la doctrina constitucional expuesta, referente a la ineficacia procesal de la prueba ilícita, hasta la configuración del art. 11.1

de la LOPJ donde se estableció de manera expresa la ineficacia procesal de la prueba ilícitamente obtenida.

Ahora bien, hay que ver qué efectos se desprenden de la declaración de ilicitud e ineficacia por parte del tribunal respecto de la prueba impugnada. Como ya se ha explicado, son distintos los momentos del proceso en los que se puede denunciar el origen ilegítimo de una prueba admitida, de tal modo que, en función del momento en el que haya sido verificada la ilicitud de la prueba, los efectos que de ella se desprenden van a ser distintos, aunque, en cualquier caso, la prueba ilícita va a carecer de eficacia procesal.

2. Efectos de la ilicitud denunciada con anterioridad a su práctica.

Como hemos expuesto, la resolución del tribunal respecto a la impugnación de una prueba por su origen ilícito se debe llevar a cabo al inicio del acto del juicio o al comienzo de la vista (si se trata de un juicio verbal), siempre con anterioridad a su práctica¹⁷. En ese momento, si el tribunal verifica la vulneración de algún derecho fundamental en el origen de la prueba, va a declarar su ineficacia en el proceso, produciéndose la nulidad de la prueba y su proscripción del proceso.

Por un lado, en cuanto a la nulidad que se desprende de la ilicitud de la prueba, se debe aclarar que ésta no implica que no se puedan aportar al proceso medios probatorios, válidamente obtenidos, que tengan por objeto probar los mismos hechos que se pretendían acreditar con la prueba declarada nula. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo estableciendo que “no puede afirmarse que el hecho probado por una actividad procesal nula suponga la imposibilidad de probarlo por otras vías”¹⁸. De modo que la ineficacia de una prueba ilícita no empece para que otras pruebas, sin relación con la ineficaz, acrediten suficientemente los hechos acaecidos. La posición predominante que ocupan los derechos fundamentales en nuestro Ordenamiento es la razón por la cual se acuerda la ineficacia de toda prueba obtenida con vulneración de los mismos, pero si lo que se pretendía probar con la prueba nula se puede acreditar por otro medio probatorio de origen lícito no hay razón para rechazarlo.

¹⁷ Véase artículo 433.1 LEC, el cual establece que en primer lugar se deben resolver, si se han planteado, las cuestiones relativas a la vulneración de derechos fundamentales en el origen u obtención de alguna prueba.

¹⁸STS núm. 467/1995, de 28 de marzo de 1995, FJ 5.

Por otro lado, la ineficacia procesal que se otorga a la prueba ilícita implica su exclusión del proceso civil y, por consiguiente, la inadmisión de su práctica y valoración. Dado que la ilicitud de la prueba se resuelve con carácter previo al comienzo de su práctica, no tiene sentido practicar y valorar una prueba que ya ha sido declarada nula e ineficaz en el proceso. En caso contrario, si se admite su práctica y valoración para después declarar su ineficacia, el juez inconscientemente puede utilizar lo probado por ésta para tomar la convicción de los hechos ya que es muy difícil desprenderse de la información aportada por la misma, dejando la prueba ilícita rastro en el proceso y, por tanto, el mandato de ineficacia del artículo 11.1 LOPJ es ineficaz. Razón por la cual, si el órgano jurisdiccional acuerda su práctica y su consiguiente valoración, teniendo previo conocimiento la ilicitud de la prueba, estaría atentando contra el derecho a un proceso con todas las garantías e igualdad de armas de defensa.

3. Efectos de la ilicitud denunciada con posterioridad a su práctica.

Ahora bien, eventualmente ocurre que la parte afectada o el tribunal de oficio aprecian la ilicitud en el origen de un medio de prueba en un momento posterior al de su práctica, por lo que los hechos probados por éste ya han sido conocidos por el tribunal sentenciador. La mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia entienden que pesa sobre el juez la prohibición de valorar la prueba ilícita en la sentencia, pese a la inexistencia de un precepto legal en el que se establezca tal prohibición.

De este modo, cuando se aprecie la ilicitud de la prueba en un momento posterior al de su práctica, el juez sentenciador debe limitarse a no valorar la prueba, esto es, como indica el art. 11.1 LOPJ, a asegurarse de que “no surta efecto alguno”. Así, el juez tiene prohibido valorar en su sentencia la prueba ilícita practicada, de tal forma que el resultado probado sea irrelevante a la hora de dictar su fallo. En este sentido, ASECIO MELLADO dice que “el tribunal, en la misma sentencia, y si la infracción de derechos fundamentales se evidencia tras la práctica de la prueba, aprecie la ilicitud y no la tome en consideración. Esta conducta viene obligada tanto por el sistema de derechos fundamentales, cuanto por el mismo artículo 11.1 LOPJ. En este supuesto, naturalmente, y al no venir dispuesto procedimiento alguno y haber sido la prueba ya practicada, el tribunal no podría actuar de otro modo que emitiendo sentencia sin tener en consideración la ilícita y sin acudir a discusión alguna o práctica de prueba adicional”. Entiende dicho autor que la única manera de hacer efectiva el mandato del art. 11.1 LOPJ es que el juez

en su sentencia ignore la prueba, no valorando su práctica¹⁹. En este sentido se ha pronunciado GARCIMARTÍN MONTERO, R, defendiendo la posibilidad de poner de manifiesto la ilicitud una vez practicada la prueba para que el juez no la tenga en cuenta en el momento de la valoración²⁰.

En relación a lo expuesto, hay quienes consideran que el juez no debe limitarse a no valorar la prueba en su sentencia, sino que debería exigir un trámite de audiencia previo para que la parte que confiaba en la eficacia probatoria pueda defenderla. PICÓ I JUNOY²¹ defiende esta postura garantista porque entiende que al admitirse y practicarse una prueba, la parte solicitante tiene el derecho a que los resultados de la misma puedan influir en la convicción judicial. Por tanto, si se permite que el juez actúe así de oficio se limita la eficacia del derecho a la prueba. Además, con este trámite de audiencia se evitarían las decisiones judiciales sorpresivas susceptibles de causar indefensión al litigante que confía en la eficacia de la prueba desarrollada en el proceso. De este modo, si en este trámite de audiencia se acordase la ilicitud del medio de prueba impugnado, recaería igualmente sobre el juez el deber de no valorarlo en su sentencia.

En este sentido, cabe destacar la SAP de Jaén núm. 260/2003, de 4 de noviembre, en la que se impugna la ilicitud de un medio de prueba (prueba documental) tras la práctica del mismo. La parte apelante recurre la sentencia por haberse valorado una prueba ilícita, sin haber denunciado la referida ilicitud con carácter previo. La Audiencia Provincial de Jaén, en respuesta al recurso, dice que en caso de haber sido admitido un medio de prueba ilícito, esta ilicitud debe ser impugnada de forma inmediata en la audiencia previa o en el acto del juicio para así excluir la prueba ilícita del proceso y evitar su práctica, conforme a lo dispuesto en el art. 287 LEC. Sin embargo, en ese supuesto no se denuncia la ilicitud de la prueba hasta después de su práctica, ya que se impugna mediante un recurso de apelación contra la sentencia definitiva. La AP estudia la ilicitud de los documentos impugnados y resuelve acordando su obtención legítima por lo

¹⁹ Véase *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, pág. 1134.

²⁰ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, VOL I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011. Pág. 1338. Esta postura también la defiende FERNÁNDEZ URZAINQUI, quien entiende que cabe el rechazo de una prueba ilícita tras su práctica con amparo en las normas procesales sobre nulidad de actuaciones y el art. 11.1 LOPJ.

²¹PICO I JUNOY, J. “La Prueba Ilícita en el Proceso Civil Español.”, Revista electrónica *Temas Atuais de Proceso Civil*, noviembre 2011. Disponible en: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/52-v1-n-5-novembro-de-2011-/156-la-prueba-ilicita-en-el-proceso-civil-espanol> .

que la valoración de los mismos tiene cabida en la sentencia. Sin embargo, dice la Audiencia Provincial que, en caso de haberse verificado el origen ilícito de los documentos, se debería de haber prescindido de la valoración de los mismos en la sentencia.

Así pues, la doctrina y la jurisprudencia han estudiado la problemática que genera la prueba ilícita y han determinado con claridad que se debe proscribir del proceso civil tal y como establece el propio artículo 11.1 LOPJ, imponiendo al juez la obligación de no valorarla en su sentencia, en caso de haberse producido su práctica por apreciar su origen ilícito en un momento posterior a éste. Sin embargo, la prohibición de valoración de la prueba vulneradora de derechos y libertades fundamentales genera otro problema cuya solución no es de fácil alcance. Se trata del efecto psicológico que genera la prueba ilícita en el juez sentenciador, es decir, la eventual incidencia que en la conciencia del juzgador pueden llegar a tener los elementos probatorios ilícitamente obtenidos.

3.1 El efecto psicológico de la prueba ilícita.

Para formar la convicción sobre los hechos alegados, el juez no puede tomar en consideración aquellas pruebas que han sido declaradas ilícitas puesto que recae sobre él la obligación de desechar toda información aportada por ellas. Ahora bien, la simple declaración judicial de que no han sido tenidos en cuenta los datos aportados por la práctica de dicha prueba, en muchas ocasiones, es insuficiente ya que el tribunal sentenciador ya habrá oído lo que no debía oír o habrá visto lo que no debía ver e, inconscientemente, ello puede influir en el enjuiciamiento de los hechos. En suma, la ilicitud de la prueba no implica que los hechos que acredita sean inciertos, es más, suele incorporar la realidad de los mismos, realidad que se obtiene por medios ilícitos puesto que resulta muy difícil su obtención por vías legales. Así, la proscripción de la prueba ilícita en el proceso civil impuesta por el artículo 11.1 LOPJ en muchas ocasiones es ineficaz ya que de forma inconsciente el juzgador se hace valer de ella para formar su convicción de los hechos.

Para hacer frente al problema que en la práctica genera el efecto psicológico de la prueba ilícita, se han venido estudiado y analizado distintas soluciones por parte de la doctrina.

En primer lugar, la doctrina habla de la recusación del juez, conocedor de los datos aportados por la prueba ilícita, como posible solución para erradicar los efectos que pueda desplegar tal conocimiento en el enjuiciamiento de los hechos²². Esta solución parte de la idea de que el juez muy difícilmente va a borrar de su mente el resultado de esa prueba y que de manera inconsciente va a verse reflejado en la toma de su decisión final, por lo que su recusación de la causa es la única solución real. Esta idea se fundamenta en el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que se regulan los motivos de abstención y recusación por parte del juez y entre los que se encuentra como undécimo motivo el haber resuelto la causa en anterior instancia, por lo que la doctrina entiende que la solución planteada tiene cabida en el undécimo motivo del mencionado precepto legal. Parece que apartar al Juez que ha tenido contacto con la prueba ilícita es buena solución, ya que no resulta suficiente la eliminación o exclusión física o material de las pruebas ilícitas o denegarles legalmente toda eficacia. Sin embargo, la recusación del juez conocedor de los resultados de la prueba ilícita es una solución que puede ser utilizada de mala fe por el abogado, ya que cuando le interesase la separación del juez del conocimiento de la causa del proceso, bastaría con presentar una prueba ilícita para que deba ser analizada por el juez y, por esa razón, éste se recuse de forma inmediata.

Otra posible solución estudiada es establecer en el proceso civil un procedimiento en el que intervengan dos órganos jurisdiccionales distintos de tal forma que el primero de ellos se encargue de admitir la demanda y la contestación a la demanda y celebrar la audiencia previa con la consiguiente propuesta y admisión de la prueba y, tras ello, intervenga el segundo órgano jurisdiccional encargándose de la celebración de la vista, con la consiguiente práctica de la prueba. De llevarse a cabo esta separación entre la propuesta y admisión de la prueba y su posterior práctica, el juez sentenciador no tendría conocimiento alguno de los datos aportados por la prueba ilícita puesto que el incidente contradictorio para impugnarla y determinar su ineficacia se llevaría a cabo en la audiencia previa y, por tanto, no se acordaría su práctica. Ahora bien, como sabemos, la ilicitud de la prueba puede apreciarse en un momento posterior a su práctica por lo que en ese supuesto el juez ya tendría conocimiento del resultado obtenido con la prueba ilícita y ese conocimiento podría influir de manera inconsciente en su decisión

²² Esta opinión doctrinal es apoyada por ASECIO MELLADO, J.M en *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, pág. 86 o DIAZCABIALE, J.A, en *La admisión y la práctica de la prueba en el proceso penal*, pág. 120, entre otros.

final. Por ello esta segunda solución planteada tampoco pondría fin al problema del efecto psicológico de la prueba ilícita.

La última solución planteada para acabar con el efecto psicológico de la prueba ilícita es el control de su ineficacia mediante la motivación de la sentencia. La Constitución Española, en su artículo 120.3, impone al juez la obligación de motivar sus sentencias, exponer los motivos que le llevan a pronunciar un determinado fallo, mostrando así la ausencia de arbitrariedad. En la motivación de la sentencia tiene que analizar cada uno de los elementos probatorios aportados al proceso, diciendo cuales han sido los que efectivamente le han llevado al convencimiento de los hechos. En este análisis, el juez tiene prohibido valorar aquellos medios de prueba obtenidos mediante la vulneración de derechos fundamentales, por lo que su fallo debe quedar correctamente motivado en la valoración del resto de instrumentos probatorios obtenidos de forma lícita. De este modo, debido al mandato constitucional de motivar la sentencia que recae sobre el juez, se pone de manifiesto que, aun conociendo el juez sentenciador los datos aportados por la prueba ilícita proscrita del proceso, su decisión final queda fundada en la valoración de las pruebas admitidas y practicadas conforme a la legalidad exigida, por lo que la motivación de la sentencia supera aparentemente el efecto psicológico que se desprende de la prueba ilícita en el juzgador. Esta solución es la que cuenta con mayor apoyo doctrinal; entre los autores que la defienden destaca PICÓ I JUNOY, J, quien pone de manifiesto que “el razonamiento judicial aparece como el mecanismo adecuado de control y garantía de la ineficacia de las pruebas ilícitas por parte del tribunal *ad quem*, quien a través de los oportunos recursos podrá conocer y valorar las fuentes de enjuiciamiento utilizadas por el juzgador de instancia”²³. Sin embargo, PICÓ puntualiza que puede ocurrir que el juez, haciendo uso de la realidad aportada por la prueba ilícita, sobrevalore la prueba lícita más allá de lo razonable y así llegue a razonar legalmente la verdad a la que ya había llegado con el conocimiento de la prueba vulneradora de derechos fundamentales.

²³ PICO I JUNOY, J. "El Problema del Efecto psicológico de la prueba ilícita", *Probática*, mayo 2012. Disponible en: <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/171Probatica.pdf>

V. ALCANCE DE LA INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA.

1. Introducción.

Como se ha explicado con anterioridad, cuando el tribunal determina que un medio de prueba admitido es ilícito por haberse obtenido mediante la vulneración de un determinado derecho o libertad fundamental, dicho medio de prueba es ineficaz a efectos del proceso. Ahora bien, puede ocurrir que la prueba declarada ilícita y, por consiguiente ineficaz, haya sido el punto de partida en la obtención de otras pruebas, a priori, obtenidas conforme a la legalidad exigida. En este supuesto, existe un debate abierto respecto de si las pruebas lícitamente obtenidas, a partir de la prueba vulneradora de derechos o libertades fundamentales, deben verse afectadas por la ineficacia que desprende esta última.

Para analizar la expansión de la ineficacia de la prueba ilícita, la doctrina y la jurisprudencia parten del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual deja sin efecto aquellas pruebas que se hayan obtenido, *directa o indirectamente*, mediante la vulneración de derechos fundamentales; por lo que las pruebas obtenidas a partir de una prueba vulneradora de derechos y/o libertades fundamentales van a ser ineficaces, al igual que lo son las que se obtienen violentando de forma directa tales derechos. Prohibir el uso directo de los medios probatorios ilícitos y permitir su aprovechamiento indirecto, vaciaría la norma de contenido efectivo, pues la utilización de medios inconstitucionales acaba indirectamente surtiendo efecto. Así lo entiende gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, quienes defienden la expansión de la ineficacia de la prueba ilícita apoyándose en la teoría de origen norteamericano *fruit of the poisonous tree doctrine*.

2. La Doctrina de los frutos del árbol envenenado.

La Doctrina de los frutos del árbol envenenado²⁴ viene a determinar la ineficacia jurídica de aquellas pruebas válidamente obtenidas pero que se derivan de una inicial

²⁴ El origen de esta teoría se encuentra en el caso *Silverthorne Lumber Company* contra Estados Unidos, de 26 de enero de 1920. Los agentes del Gobierno allanaron las oficinas de Frederic W. Silverthorne y este empresario y su padre fueron detenidos basándose en los libros contables hallados en aquel registro que posteriormente se declaró ilegal, apelando a la cuarta enmienda de su Constitución. La resolución que dictó el Tribunal Supremo de E.E.U.U. describió la referida doctrina pero sin ponerle el nombre por el que hoy en día la conocemos. Fue en el caso *Nardone* contra Estados Unidos de 11 de diciembre de 1939 cuando se mencionó expresamente con el nombre de “*fruit of the poisonous tree doctrine*”.

actividad vulneradora de un derecho o libertad fundamental. La lógica de la frase es que si la fuente de la prueba (el árbol) se corrompe, entonces cualquier cosa que se gana de él (el fruto) también lo está. Como consecuencia de ello y con carácter general, las pruebas reflejas o derivadas de la prueba vulneradora de derechos fundamentales van a resultar igualmente ineficaces y nulas en el proceso civil.

Ahora bien, la doctrina entiende que la ineficacia de la prueba ilícita debe expandirse con carácter limitado, en virtud del principio contrario a la expansión de las nulidades y de la necesidad de no reducir la eficacia del derecho a la prueba, por tener carácter fundamental y ser un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, garantía que debe regir en todo proceso. En base a ello, cabe destacar la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 197/2009, de 28 septiembre, en la que se establece que se debe acreditar si “existe, o no, una conexión natural o causal, que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida, es decir, lo que se ha denominado como «conexión de antijuridicidad», es decir, la existencia de un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas, porque, en caso contrario, no existe una prohibición de valoración, al resultar jurídicamente independientes de las primeras”. De este modo, para que la prohibición de valoración de la prueba ilícita originaria pueda también arrastrar a las pruebas derivadas de ésta, habrá de determinarse si aquellas se hallan o no vinculadas a la que ha vulnerado directamente el derecho fundamental, esto es, habrá que establecer un nexo de unión entre unas y otra que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas. El Tribunal Constitucional entiende que el efecto anulatorio no se deriva sin más de la conexión causal o natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada, sino de la conexión jurídica entre ambas, conexión de antijuridicidad, que exige un examen complejo y preciso que va más allá de la mera relación de causalidad natural.²⁵ El mecanismo de conexión/desconexión se corresponde a un control, al que ha de proceder el órgano judicial que ha de valorar el conjunto o cuadro del material probatorio en el proceso penal de referencia.

El Tribunal Supremo en sus sentencias 811/2012, de 30 de octubre, 320/2011, de 22 de abril y 988/2011, de 30 de septiembre, asume la doctrina del Tribunal Constitucional

²⁵ Véase STC núm. 81/1998 dictada a propósito de una prueba derivada de otra declarada ilícita por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

sobre la conexión de antijuridicidad o prohibición de valoración, examinando las circunstancias que deben concurrir para producirse efectivamente la conexión jurídica de la que habla el Tribunal Constitucional y, por tanto, poder hablar de prueba derivada de la prueba ilícita originaria, de tal forma que la nulidad de la segunda afecte también a la primera.

Así, el Tribunal Constitucional ha establecido una doble perspectiva de análisis para determinar si existe o no esa conexión de antijuridicidad.

En primer lugar, una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho constitucional violado; en el caso, al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). En segundo lugar, una perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho conculcado exige. De este modo, teniendo en consideración que 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 dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo²⁶.

A su vez, y de forma mucho más clara, el Tribunal Constitucional habla de una perspectiva natural y otra jurídica. La perspectiva natural supone que la prueba refleja derive de forma empírica o por una formulación material de la inicial declarada nula (así, el hallazgo encontrado en un registro nulo, es también nulo, porque deriva naturalmente de la progresión natural de las cosas, como el contenido de la conversación es causalmente derivado de la propia interceptación practicada). En la perspectiva jurídica, la conexión se predica de la secuencia propia de los derechos en juego (por ejemplo, el temor, coacción o violencia, utilizados en el curso de una declaración de un imputado impide valorar lo que haya respondido al ser de tal forma interrogado, sin que esto se derive naturalísticamente de tal acción). Aquí, pues, se predica la conexión jurídica de otra acción, que no supone necesariamente la natural

²⁶ Véase SSTTS 320/2011, de 22 de abril, y 988/2011, de 30 de septiembre, en las que se resume el estado actual de la cuestión conforme a la doctrina constitucional.

consecuencia de su antecedente. De todos modos, es imprescindible diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de éstas, ya directa o indirectamente, de las que lo sean de forma independiente y autónoma de la prueba nula, y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho, deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendentes a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como es el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no se extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se dé la llamada conexión de antijuridicidad entre la prueba prohibida y la derivada, a lo que ya nos hemos referido con anterioridad.

Por todo ello, concluye el Tribunal Constitucional diciendo que “la prohibición de valoración referida a las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas constituye la regla general, que solo cabe exceptuar, conforme a la doctrina constitucional, cuando concurra un supuesto específico de desconexión, que debe constatarse en cada caso, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización”²⁷. De ello se deduce que, como norma general, las pruebas derivadas de la prueba ilícita van a verse afectadas por la nulidad que desprende esta última, por lo que la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se ha vulnerado de forma directa un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, por lo que los frutos del árbol envenenado deben estar, y están jurídicamente contaminados.

Así sucede, por ejemplo, en la STS 721/2014, de 15 de octubre, en la que se acuerda la nulidad del acervo probatorio por tener su origen y fundamento en un interrogatorio preliminar llevado a cabo en dependencias policiales, sin informarle de sus derechos y sin abogado, en el que se le preguntó al acusado específicamente sobre los hechos objeto de investigación. Todas las declaraciones reproducidas por el acusado en dicho interrogatorio son nulas, ya que se está vulnerando el derecho constitucional de defensa

²⁷ Véase STS núm. 300/2016, de 11 de abril, FJ 2, en la que el Tribunal Supremo asume la doctrina constitucional de la conexión de antijuridicidad.

y constituiría un verdadero fraude procesal admitir como prueba de cargo válida la incriminación en un interrogatorio preliminar, sin abogado y sin previa información de derechos. El Tribunal sentenciador consideró que esta vulneración constitucional no viciaba el resto de las pruebas inculpatorias, pues estas consisten en la droga ocupada en el domicilio del acusado, domicilio que fue registrado con su consentimiento, prestado cuando el detenido ya estaba asistido de letrado. Sin embargo, dice el Tribunal Supremo, esta argumentación no puede ser admitida, pues el consentimiento del acusado para el registro de su domicilio trae causa de su declaración anterior, es decir constituye una prueba directamente conectada con la vulneración constitucional. Es una prueba obtenida de modo indirecto de la vulneración constitucional, existiendo entre ellas una manifiesta conexión de antijuridicidad. Por lo que, en virtud de dicha conexión, la nulidad de la prueba ilícita se expande al resto de pruebas conectadas con ella. Con ello se pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso.

3. Inadmisión de ciertos efectos reflejos de la prueba ilícita: límites.

Ahora bien, tal y como indica el Tribunal Constitucional cabe exceptuar el efecto reflejo de la prueba ilícita cuando quede acreditada una situación de desconexión entre una y otra prueba. De este modo, la prohibición de valoración de las pruebas derivadas de la que se ha obtenido directamente mediante la vulneración de derechos o libertades fundamentales puede no producirse cuando se dé un supuesto de desconexión específico entre ellas. Así, para que de manera excepcional, las pruebas derivadas de la prueba ilícita sean admitidas y valoradas por el tribunal sentenciador se tiene que acreditar la concurrencia de los siguientes requisitos:

- que se constate en cada caso el supuesto específico de desconexión
- que se identifique con claridad el supuesto aplicado
- que se especifiquen las razones que justifican su utilización

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha establecido los mencionados requisitos en la STS 113/2014, de 17 de febrero, entre otras, cuya concurrencia es necesaria para la inaplicación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad y, así, superar la inseguridad jurídica que se desprende la misma. De este modo, cuando se demuestre el cumplimiento de los mencionados requisitos, las pruebas derivadas van a

ser admitidas ante el tribunal por quedar acreditada la desconexión entre éstas y la vulneradora de derechos y/o libertades fundamentales. Sin embargo, aun cuando concurren los requisitos exigidos para acreditar la situación de desconexión y, por tanto, exceptuar la aplicación de la doctrina de antijuridicidad, no siempre dicha excepción puede tener lugar.

En este sentido, la doctrina constitucional defiende que “en cualquier caso, cuando la necesidad de tutela de un derecho fundamental es especialmente intensa, como sucede por ejemplo en los supuestos de tortura o en los de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas sin ningún tipo de autorización judicial, aplicar la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en la violación de dichos derechos puede incentivar la comisión de infracciones y privarles de una garantía indispensable para su efectividad. Por tanto en estos supuestos no cabe admitir excepción alguna, y el examen debe concluir en esta perspectiva externa”²⁸. Este matiz diferenciador que realiza el Tribunal Constitucional no ha sido tenido en cuenta en la práctica, por lo que en nuestro ordenamiento jurídico se sigue aplicando la excepción a la doctrina de la conexión de antijuridicidad con independencia de la intensidad del derecho fundamental vulnerado.

En conclusión, la doctrina constitucional defiende como norma general la aplicación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad a las pruebas derivadas de la que ha vulnerado de forma directa derechos o libertades fundamentales. Ahora bien, admite exceptuar la aplicación de esa norma general cuando concurren los requisitos exigidos para acreditar una desconexión entre la prueba originaria ilícita y las pruebas derivadas de ella, teniendo siempre en cuenta la intensidad del derecho fundamental vulnerado en cada caso concreto, puesto que de ello va a depender exceptuar o no la aplicación de los efectos reflejos de la prueba ilícita.

VI. SUPUESTOS ESPECÍFICOS.

Como bien sabemos, si una prueba se obtiene vulnerando un derecho o libertad fundamental se considera prueba ilícita y resulta nula a efectos del proceso civil. No obstante, la doctrina constitucional ha establecido una serie de condiciones o requisitos que deben concurrir para legitimar la injerencia en determinados derechos

²⁸ Véase STS 511/2015, de 21 de julio, en la que el Tribunal Supremo asume la doctrina constitucional de la conexión de antijuridicidad.

fundamentales en la obtención de medios de prueba y, así, no ser calificados los mismos como medios de prueba ilícitos y no verse afectados por la nulidad e ineficacia que, de no ser la injerencia legítima, les correspondería.

1. Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

La inviolabilidad del domicilio es un derecho de carácter fundamental amparado en el artículo 18.2 de la Constitución Española, el cual establece que “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. Su carácter fundamental hace que *a priori* toda prueba obtenida mediante la vulneración del derecho en cuestión deba ser calificada como prueba ilícita y, consecuentemente, sea ineficaz y nula a los efectos del proceso.

Ahora bien, en ocasiones, la búsqueda de la verdad implica poner límites al ejercicio del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, con el objetivo de encontrar los medios necesarios para probar los hechos alegados por la parte. Así lo ha previsto el legislador en el artículo 261.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual viene a decir que “si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición, el tribunal acordará, cuando resulte proporcionado, las siguientes medidas, por medio de un auto, en el que expresará las razones que las exigen: si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciare que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del tribunal”. Además, el propio artículo 18.2 CE prevé la entrada y registro del domicilio cuando conste autorización por medio de una resolución judicial.

La entrada y registro de un domicilio con autorización judicial está prevista en los dos preceptos arriba citados y, concretamente, es el artículo 261 LEC el que hace referencia, sin demasiado detalle, a los requisitos necesarios para poder acordar mediante auto la autorización de tal medida. Ha sido la doctrina del Tribunal Constitucional la que, de forma más específica, ha estudiado y analizado los requisitos que debe cumplir dicha resolución judicial para poder autorizar la entrada y registro del domicilio, con el fin de encontrar pruebas que puedan corroborar las alegaciones de las

partes. Así, la doctrina del TC²⁹ ha señalado los requisitos esenciales que debe contener la resolución judicial para autorizar legítimamente la entrada y registro de un domicilio:

- En primer lugar se exige motivación de la resolución, que para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo. Es decir, cuando exista la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o que éstas pudieran ser destruidas, junto a la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos, la entrada y registro del domicilio quedará plenamente motivada. Además se requiere también que, de no proceder a dicha entrada y registro del domicilio, haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional³⁰. Así, los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que deriven de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, lo que obliga a realizar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

- Además, el órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales.

Así, la doctrina del TC exige la motivación de las decisiones judiciales restrictivas de derechos fundamentales y la pertenencia de dicha motivación al contenido de dichos derechos ya que está en juego la propia esencia de la garantía judicial formal en la limitación del derecho y la propia posibilidad de análisis de la justificación material de la limitación. Si el Auto de injerencia domiciliar carece de motivación, desconocemos si la garantía judicial que prevé la Constitución para la excepción a la inviolabilidad de domicilio respondió a su sentido de establecimiento de una ponderación previa por el órgano judicial, y desconocemos también si la invasión del domicilio estaba justificada en cuanto razonable y proporcionada: si hubo o no materialmente una lesión del correspondiente derecho.

²⁹ Véanse SSTC núm. 239/1999, de 20 de diciembre, F.4; 136/2000, de 29 de mayo, F.4; 14/2001, de 29 de enero, F.8; 56/2003, de 24 de marzo, F.4; entre otras.

³⁰ Así lo precisa el Tribunal Constitucional en las siguientes sentencias: 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero; 151/1997, de 29 de septiembre; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 177/1998, de 14 de septiembre; 18/1999, de 22 de febrero.

El análisis de la suficiencia de la motivación no es un análisis de extensión, de cuantificación de argumentos o de calidad literaria. La suficiencia de la motivación vendrá marcada por la consignación de los elementos que permitan constatar que hubo una ponderación judicial de los intereses en juego y que permitan realizar un juicio de proporcionalidad de la medida. Así, devendrá imprescindible como presupuesto que el Auto de entrada y registro en domicilio explicita las dimensiones espaciales, personales y temporales de la intromisión. Por lo demás, como motivación en sentido estricto, la resolución judicial deberá incorporar la finalidad de la medida (la índole de la investigación penal para cuyo adecuado desarrollo se revelaba imprescindible tan drástica medida de intromisión domiciliar) y las circunstancias fácticas concretas que permitían prever la funcionalidad de la misma (las circunstancias que permiten concluir que la intervención resulta adecuada en orden a alcanzar la finalidad perseguida)³¹.

De este modo, partiendo del contenido de los artículos 18.2 CE y 261 LEC y haciéndonos valer de la doctrina del Tribunal Constitucional, se podrá acordar la entrada y registro de un domicilio cuando conste autorización mediante resolución judicial motivada, en la que se exprese la necesidad de la medida y se realice el indicado juicio de ponderación y proporcionalidad, indicando también la ubicación, el momento y el plazo para efectuar el registro y, además, dicha resolución tenga su origen en un requerimiento de documento o título no atendido por parte del solicitante. Sólo cuando concurren las mencionadas condiciones, la prueba obtenida mediante la entrada y registro de un domicilio va a ser lícita, por haber quedado legitimada la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

2. Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

El artículo 18.3 de la Constitución Española “garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”, siendo esta enumeración una lista abierta. El carácter fundamental del derecho al secreto de las comunicaciones hace que actúe como límite para el ejercicio del derecho a la prueba ya que, como sabemos, toda prueba obtenida mediante vulneración de un derecho o libertad fundamental debe ser considerada prueba ilícita y,

³¹ Así lo defiende el Tribunal Constitucional en su Auto 30/1998, de 28 de enero, F.4.

por tanto, es nula e ineficaz a efectos del proceso. Precisamente la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre, se dictó a raíz de la denuncia de la presunta ilicitud de una prueba por haberse obtenido con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

Ahora bien, al igual que ocurre con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho al secreto de las comunicaciones puede verse legítimamente menoscabado por el ejercicio del derecho a la prueba y la búsqueda de la verdad, siempre y cuando exista una autorización por medio de resolución judicial en la que se admita la injerencia al derecho fundamental en cuestión. La Ley de Enjuiciamiento Civil no contempla ningún supuesto de autorización de intervención en las comunicaciones de las partes por hechos relevantes para el proceso civil, por lo que hay que acudir a la doctrina del Tribunal Constitucional para estudiar las circunstancias que se deben dar y las condiciones que debe contener la resolución judicial para que autorice válidamente la injerencia en el citado derecho.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional, en la sentencia ya mencionada, aclara que el derecho reconocido en el art. 18.3 de la norma fundamental garantiza el que entre remitentes y destinatarios de cualquier comunicación no se interponga un tercero, sin contemplar para nada el uso que puedan hacer los destinatarios de lo que les sea comunicado. La función del artículo 18.3 es la de garantizar que nadie ajeno al emisor y al receptor de la comunicación entre en conocimiento del contenido de la misma sin la autorización de los comunicantes. Por lo que se necesitará autorización judicial únicamente cuando se vaya a interceptar la comunicación por un tercero no partícipe de la misma, ya que la interceptación de las comunicaciones por uno de los interlocutores no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones.

Sentado lo anterior, cuando se requiera interceptar alguna comunicación con el objetivo de obtener pruebas para acreditar los hechos alegados por las partes, será necesaria una resolución judicial que deberá cumplir con los requisitos fijados por la doctrina del Tribunal Constitucional para, así, legitimar la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones y que las pruebas obtenidas a través de tal injerencia no puedan ser calificadas como pruebas ilícitas y resulten eficaces en el proceso civil. De este modo, atendiendo a la doctrina constitucional, los requisitos que debe cumplir la resolución judicial son los siguientes: motivación del Auto que acuerda la primera de las

intervenciones telefónicas, control judicial de la medida y notificación de los Autos que acuerdan las intervenciones al Ministerio Fiscal³².

Por lo que respecta a las exigencias de motivación que ha de cumplir la autorización judicial de una intervención en las comunicaciones para considerarla constitucionalmente legítima, la doctrina del Tribunal Constitucional ha sostenido que al ser la intervención de las comunicaciones una limitación del derecho fundamental al secreto de las mismas, exigida por un interés constitucionalmente legítimo, es inexcusable una adecuada motivación de las resoluciones judiciales por las que se acuerda, que tiene que ver con la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida³³. En este sentido tenemos dicho que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención o su prórroga debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución³⁴. Así pues, también se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del hecho investigado y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo.

Tales precisiones son indispensables, habida cuenta que el juicio sobre la legitimidad constitucional de la medida exige verificar si la decisión judicial apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la

³² Véase STC núm. 219/2009 de 21 diciembre, F. 4.

³³ Véase STC 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4.

³⁴ Véase SSTC 49/1996, de 26 de marzo, F. 3; 236/1999, de 20 de diciembre, F. 3; 14/2001, de 29 de enero, F. 5; entre otras.

medida y la causa investigada (existencia del presupuesto habilitante), para analizar después si el Juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad o imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público, pues la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida y el sujeto afectado por ésta es un «prius» lógico del juicio de proporcionalidad

Así, cuando concurren los requisitos exigidos por la doctrina constitucional en la resolución judicial, esto es, el contenido mínimo de la resolución y el juicio de proporcionalidad entre la intromisión de las comunicaciones y el esclarecimiento de los hechos, se podrán interceptar de forma legítima las comunicaciones y las pruebas obtenidas mediante esta medida serán lícitas y eficaces en el proceso civil.

3. Derecho fundamental a la intimidad y a la integridad física.

La Constitución Española reconoce como fundamentales el derecho a la intimidad en su artículo 18.1 y el derecho a la integridad física en su artículo 15 por lo que, teniendo en cuenta el concepto de prueba ilícita, cualquier prueba obtenida mediante la vulneración de alguno de estos derechos debe ser nulo e ineficaz a efectos del proceso, por considerarse prueba ilícita.

En la práctica, concretamente en los procesos de filiación, estos dos derechos fundamentales suelen verse afectados mediante la realización de la prueba biológica, cuya realización se admite de forma expresa en el artículo 727.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la investigación de la paternidad o maternidad. La prueba biológica consiste en extraer un pequeño volumen de sangre, que según el tipo de comprobación a realizar oscila entre 5 cc y 10 cc. Los resultados de los distintos análisis que pueden llevarse a cabo con esas muestras, junto con las suministradas por los restantes interesados, son de una elevada fiabilidad. La ciencia biológica y la jurisprudencia muestran que el grado de certeza es absoluto cuando el resultado es negativo para la paternidad; y, cuando es positivo, los laboratorios de medicina legal señalan grados de probabilidad del 99 por 100³⁵. Ocurre con frecuencia en ese tipo de procesos que, habiéndose solicitado el análisis de sangre del sujeto cuya maternidad o paternidad se reclama o impugna, éste se opone a la realización de dicha prueba, haciéndose valer de sus derechos a la intimidad (art.18.1 CE) y a la integridad física

³⁵ Véase SSTS 30 junio 1989 (RJ 1989\4798), 5 abril 1990 (RJ 1990\2701), 2 enero y 11 julio 1991 (RJ 1991\103 y RJ 1991\5377)].

(art.15 CE). La oposición del demandado implica que, de realizarse el análisis de sangre, se vulneran los mencionados derechos y la prueba debe ser considerada ilícita e ineficaz. En suma, esta oposición dificulta la obtención de prueba que puede resultar necesaria para quien reclama judicialmente la determinación o impugnación de una filiación, limitando así el ejercicio del derecho fundamental a utilizar los medios necesarios para la defensa.

Debido a la constante confrontación dada en los procesos de filiación entre el derecho fundamental a utilizar los medios pertinentes para la defensa o el derecho a la tutela judicial efectiva, de un lado, y los derechos a la intimidad y a la integridad física, de otro lado; la jurisprudencia constitucional tuvo que intervenir y pronunciarse respecto a la legitimación de ciertas injerencias en el derecho a la intimidad y a la integridad física, de tal manera que la prueba biológica resulte lícita y eficaz en el proceso de filiación y, así, preservar el derecho fundamental a utilizar los medios pertinentes para la defensa.

En este sentido cabe destacar la STC núm.7/1994, de 17 de enero, en la que se aborda con profundidad la referida problemática. En primer lugar, en dicha sentencia se defiende que el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada razonadamente por la Autoridad judicial en el seno de un proceso. Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en los AATC 103/1990, fundamento jurídico 4, y 221/1990, fundamento jurídico 3, en donde ha resaltado que en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas; y que no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el art. 39.2 CE, lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial. Sin que los derechos constitucionales a la intimidad, y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes

resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares.

Asentado lo anterior, para hacer frente al problema que supone la negativa a la realización de la prueba biológica por parte del demandado, el Tribunal Constitucional diferencia dos supuestos; por un lado, aquellas situaciones en las que la paternidad o maternidad reclamada ha quedado acreditada por otros medios de prueba, por lo que la prueba biológica corrobora lo ya probado y, por otro lado, situaciones dudosas en las que los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. Precisamente dice el Tribunal Constitucional que “es en estos supuestos intermedios, en donde la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial”. En este supuesto, cuando se ha constatado judicialmente que la prueba biológica es el único medio para probar la paternidad o maternidad reclamada, “no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación”. La tutela judicial constitucionalmente garantizada viene calificada por su efectividad, lo que, en lo referente a la actividad probatoria, exige que Jueces y Tribunales realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que, como la biológica en estos casos, son idóneas y casi insustituibles para garantizar la base fáctica de la pretensión; que son accesibles y cuya necesidad ha sido reconocida por el propio Tribunal sentenciador.

De este modo, la medida judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve. Ponderación que debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida que ha de razonarse en la decisión judicial. Las pruebas biológicas en la medida que conllevan la práctica de una intervención corporal tan sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que, cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica

obligatoria de los análisis sanguíneos. Además, en ningún caso puede disponerse por el Juez la práctica de una intervención corporal destinada a la investigación de la paternidad cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud. En cualquier caso la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos.

Teniendo en cuenta la doctrina constitucional, el demandado en un proceso de filiación sólo puede legítimamente negarse a someterse a unas pruebas biológicas cuando no existan indicios serios acerca de la filiación impugnada o cuando el sometimiento a la prueba biológica pudiera suponer un gravísimo quebranto para su salud. Por lo que afirmar la necesidad de una prueba para comprobar la veracidad de las alegaciones de la parte actora y, legitimando la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica sin actividades adicionales que tiendan a superar esta injustificada negativa, fallar sobre la base de que no se ha probado suficientemente, es una contradicción esencial, provocando la infracción de las obligaciones que al juzgador impone el artículo 24 CE. En base a ello, la negativa injustificada del demandado a la realización de la prueba biológica hace que el Tribunal sentenciador deba fallar a favor de la parte demandante, por considerar la negativa como un fuerte indicio de que efectivamente la filiación impugnada quedaría acreditada si se realizase la prueba biológica solicitada³⁶.

VII. CONCLUSIONES.

1.-El tema de la prueba ilícita, entendida como aquella en cuya obtención u origen se ha producido una violación de algún derecho o libertad de carácter fundamental, sigue siendo uno de los más debatidos del proceso civil. La posición predominante que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico y su condición de “inviolables” hace que actúen como límite frente al ejercicio del derecho a la prueba. Esto es, los límites del derecho a la prueba, consagrado en nuestra Constitución, determinan que únicamente pueden reputarse ilícitos y no admisibles en el proceso

³⁶ Así lo defiende el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 420/2011 de 17 junio, en la que establece que “la negativa a someterse a la prueba biológica no constituía por sí misma una *ficta confessio*, suponía un valioso indicio que puesto en relación con los otros medios aportados, podía revelar una falta de colaboración con la justicia para determinar la paternidad”.

aquellos medios de prueba en cuya obtención se violen derechos fundamentales de rango equivalente o mayor que el derecho a la prueba.

2.-El Tribunal Constitucional en su Sentencia núm.114/1984, de 29 de noviembre, acordó la ineficacia de todas aquellas pruebas obtenidas mediante la vulneración de derechos o libertades de carácter fundamental, cubriendo el vacío legal que existía hasta el momento. La doctrina y la jurisprudencia se hicieron valer de dicho pronunciamiento hasta la configuración del artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, el cual establece que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, de modo que, cuando se haya admitido en el proceso civil una prueba ilícita ésta debe ser nula e ineficaz a efectos del proceso.

3.-Para cumplir con el mandato del art. 11.1 LOPJ, la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil configuró el artículo 287 en que se establece un incidente contradictorio para impugnar la ilicitud de la prueba y acordar su ineficacia en el proceso civil, con carácter general, en un momento previo al de su práctica. Con ello se pretende que el juez sentenciador no llegue a conocer la prueba ilícita para no verse condicionado por la misma de forma inconsciente en el enjuiciamiento de los hechos, puesto que tal prueba no puede tener eficacia alguna en el proceso.

4.-Eventualmente, puede suceder que el origen ilícito de una prueba admitida no se aprecie hasta un momento posterior al de su práctica, por lo que el juez sentenciador ya habrá podido adquirir la convicción de los hechos alegados por las partes en virtud de tal prueba. En este supuesto, el juez tiene el deber de no valorar la prueba ilícita en su sentencia, es decir, prescindir de ella para dictar su fallo. Sin embargo, la prohibición de valoración de la prueba vulneradora de derechos y libertades fundamentales genera otro problema cuya solución no es de fácil alcance, se trata de la eventual incidencia que pueden llegar a tener los elementos probatorios ilícitamente obtenidos en la conciencia del juzgador. Así, la denuncia de la ilicitud de la prueba en un momento posterior al de su práctica genera con frecuencia problemas para lograr su ineficacia en el proceso, ya que el tribunal sentenciador ya habrá oído lo que no debía oír o habrá visto lo que no debía ver e, inconscientemente, ello puede influir en el enjuiciamiento de los hechos. Frente a este efecto psicológico que genera la prueba ilícita en el juzgador no hay

ninguna previsión legal tendente a evitar la eficacia que la misma pueda adquirir en el proceso.

Por todo ello, la previsión del artículo 11.1 LOPJ en ocasiones se muestra ineficaz ya que de forma inconsciente el juzgador se hace valer de ella para formar su convicción sobre los hechos alegados y, por tanto, los derechos fundamentales se ven menoscabados por la valoración inconsciente de la prueba ilícita, que no puede verse limitada en tales supuestos por la preeminencia que corresponde a los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

- CORTÉS DOMINGUEZ, V; MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. 7º edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- CORDON MORENO, F; ARMENTA DEU, T; MUERZA ESPARZA, J.J; TAPIA FERNANDEZ, I; *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Vol.I. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- TORIBIOS FUENTES, F (Dir), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 2º edición. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- RIFA SOLER, J.M; RICHARD GONZALEZ, M; Y RIAÑO BRUN, I. *Derecho Procesal Civil*. Vol. II, Gobierno de Navarra 2011.
- PÉREZ CEBADERA, MªA. “La prueba ilícita en el proceso civil” en *www.elderecho.com*. Disponible en: http://www.elderecho.com/civil/prueba-ilicita-proceso-civil_11_283555003.html
- RIVES SEVA, A.P. "Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita" en revista electrónica *Noticias Jurídicas*. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4605-reflexiones-sobre-el-efecto-reflejo-de-la-prueba-ilicita/>
- GINER ALEGRÍA, C.A. “Prueba prohibida y prueba ilícita” en Revista *Anales de derecho*. Universidad de Murcia, número 26-2008. Págs. 579-590.
- PICÓ I JUNOY, J. “La Prueba Ilícita en el Proceso Civil Español” en revista electrónica *Temas Atuais de Processo Civil*. Disponible en:

<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/52-v1-n-5-novembro-de-2011-/156-la-prueba-ilicita-en-el-proceso-civil-espanol>

- PICO I JUNOY, J. "El Problema del Efecto psicológico de la prueba ilícita", *Probática*, mayo 2012. Disponible en: <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/171Probatica.pdf>
- BELLIDO PENADÉS, R. "La Prueba Ilícita en el Proceso Civil su Control" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.89, mayo-agosto (2010). Págs. 77-114.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. "La Prueba Ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones". *Revista catalana de seguretat pública*, mayo 2010. Págs. 131-151.

IX. JURISPRUDENCIA.

- STC 114/1984, 29/11/1984. RTC 1984\114.
- STC 13/1985, 31/01/1985. RTC 1985\13.
- ATC 103/1990, 9/03/1990. RTC 1990\103.
- ATC 221/1990, 31/05/1990. RTC 1990\221.
- STC 80/1991, 15/04/1991. RTC 1991\80.
- STC 7/1994, 17/01/1994. RTC 1994\7.
- STC 85/1994, 14/03/1994. RTC 1994\85.
- STC 49/1996, 26/03/1996. RTC 1996\49.
- STC 151/1997, 29/09/1997. RTC 1997\151.
- STC 175/1997, 27/10/1997. RTC 1997\175.
- STC 200/1997, 24/11/1997. RTC 1997\200.
- ATC 30/1998, 28/01/1998. RTC 1998\30.
- STC 81/1998, 02/04/1998. RTC 1998\81.
- STC 177/1998, 14/09/1998. RTC 1998\117.
- STC 18/1999, 22/02/1999. RTC 1999\18.
- STC 239/1999, 20/12/1999. RTC 1999\239.
- STC 136/2000, 29/05/2000. RTC 2000\136.
- STC 299/2000, 11/12/2000. RTC 2000\299.
- STC 14/2001, 29/01/2001. RTC 2001\14.
- STC 56/2003, 24/03/2003. RTC 2003\56.
- STC 197/2009, 28/09/2009. RTC 2009\197.
- STC 219/2009, 21/12/2009. RTC 2009\119.
- STC 165/2011, 16/07/2011. RTC 2011\165.
- STS 467/1995, 28/03/1995. RJ 1995\2246.
- STS 202/2010, 08/04/2010. RJ 2010\3528.
- STS 320/2011, 22/04/2011. RJ 2011\3480.
- STS 420/2011, 17/06/2011. RJ 2011\4638.

- STS 988/2011, 30/09/2011. RJ 2011\6849.
- STS 811/2012, 30/10/2012. RJ 2012\11067.
- STS 113/2014, 17/02/2014. RJ 2014\1120.
- STS 721/2014, 15/10/2014. RJ 2014\5368.
- STS 511/2015, 21/07/2015. RJ 2015\5106.
- STS 300/2016, 11/04/2016. RJ 2016\1242.
- SAP Jaén 260/2003, 4/11/2003. JUR 2004\20702.
- SAP Madrid 229/2008, 11/03/2008. JUR 2008\164636.
- SAP Málaga 27/2009, 29/01/2009. JUR 2009\225933.
- SAP Barcelona 192/2009, 31/03/2009. JUR 2009\395293.