

**TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMAIERAKO LANA**  
**MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

**LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL**  
**Rubén Gurbindo Martinicorena**

**DIRECTOR / ZUZENDARIA**  
**Manuel Richard González**

**Pamplona / Iruñea**  
**19 de enero de 2023**

**Resumen:** La fase probatoria de un procedimiento judicial tiene por objeto la práctica de aquellos medios de prueba que las partes hayan obtenido con el fin de defender sus respectivas posiciones. Para ello, es necesario que en la obtención de las pruebas no se hayan vulnerado los derechos fundamentales. De lo contrario, la prueba así obtenida será calificada como ilícita y, consecuentemente, no será admitida en el proceso ni valorada por el tribunal para dictar sentencia.

El objeto de este trabajo es estudiar la figura de la prueba ilícita. Así, se empieza analizando los aspectos más básicos de esta figura para acabar con los más concretos. En primer lugar, se estudia qué es lo que debe entenderse por el concepto de “prueba ilícita”, para posteriormente analizar cuáles son los efectos y el tratamiento procesal que la legislación española otorga a esta figura en el orden jurisdiccional civil.

**Palabras clave:** Prueba ilícita, derechos fundamentales, regla de exclusión, doctrina de los frutos del árbol envenenado.

**Abstract:** The evidentiary stage of judicial proceedings is concerned with the taking of evidence obtained by the parties in order to defend their respective positions. For this to happen, the collection of evidence must not violate fundamental rights. Otherwise, the evidence thus obtained will be classified as unlawful and, consequently, will not be admitted into the proceedings or evaluated by the court in order to pass judgement.

The purpose of this paper is to study the concept of illegally obtained evidence. Thus, we begin by analyzing the most basic aspects of this figure to finish with the more concrete ones. First, it examines what is to be understood by the concept of “illegally obtained evidence”, and then analyses the effects and procedural treatment that Spanish law accords to this concept in the civil jurisdictional system.

**Key words:** Illegally obtained evidence, fundamental rights, exclusionary rule, doctrine of the fruits of the poisonous tree.

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>EOMF</b>	Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
<b>LEC</b>	Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
<b>LOTC</b>	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
<b>LSP</b>	Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada
<b>S</b>	Sentencia
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TS</b>	Tribunal Supremo

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>II. EL DERECHO A LA PRUEBA FRENTE A LA PRUEBA ILÍCITA</b> .....	3
1. Concepto del derecho a la prueba .....	3
2. El derecho a la prueba como un derecho constitucional .....	4
3. La prueba ilícita como límite del derecho a la prueba .....	6
4. El conflicto de intereses que presenta la prueba ilícita y la consecuente limitación de los derechos fundamentales .....	8
5. Especial referencia al sujeto que ve vulnerados sus derechos fundamentales como consecuencia de la actuación probatoria .....	10
<b>III. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA OBTENCIÓN DE EVIDENCIAS</b> ..	11
1. Las partes.....	11
2. El investigador privado .....	12
3. El Ministerio Fiscal.....	14
4. Las especiales potestades del órgano judicial en la práctica de la prueba .....	16
<b>IV. SOBRE EL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA</b> .....	18
1. La vulneración de un derecho fundamental y otras irregularidades probatorias como criterio diferenciador de la prueba ilícita.....	18
2. Origen de las expresiones “prueba prohibida” y “prueba ilícita” .....	21
3. Uso actual de las expresiones “prueba prohibida” y “prueba ilícita” .....	22
<b>V. LA DETERMINACIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA</b> .....	25
1. El momento de determinación de la ilicitud de la prueba.....	26
2. Tutela judicial en primera instancia: el incidente de ilicitud probatoria previsto en el artículo 287 LEC .....	28
3. Tutela judicial en segunda instancia: el recurso de apelación.....	32
4. Tutela judicial extraordinaria .....	34
4.1. <i>El recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal en materia de ilicitud probatoria</i> .....	35
4.2. <i>El incidente excepcional de nulidad de actuaciones</i> .....	38
5. Tutela constitucional: el recurso de amparo .....	40
<b>VI. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA</b> .....	43
1. La sanción de ineficacia prevista en el artículo 11.1 LOPJ .....	43

2. El efecto reflejo de la prueba ilícita: la doctrina de los frutos del árbol envenenado .....	46
<b>VII. LAS EXCEPCIONES A LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO .....</b>	<b>48</b>
1. La teoría de la fuente independiente .....	52
2. La teoría del descubrimiento inevitable.....	54
3. La teoría del nexo causal atenuado .....	57
4. La excepción de la prueba obtenida por un particular .....	60
5. La doctrina de la conexión de antijuridicidad .....	64
<b>VIII. CONCLUSIONES.....</b>	<b>68</b>
<b>IX. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>71</b>
<b>X. JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>75</b>
1. Audiencias Provinciales.....	75
2. Tribunal Constitucional .....	75
3. Tribunal Supremo.....	76
4. Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	76



## **I. INTRODUCCIÓN**

En el contexto de un procedimiento judicial, la prueba tiene por objeto lograr la convicción del tribunal sobre los hechos que hayan sido previamente alegados por las partes. Cuando los hechos son notorios, evidentes, o su conocimiento es público e indiscutido, no es necesario que estos hechos sean objeto de prueba. Sin embargo, aquellos hechos que resulten controvertidos para las partes, es decir, aquellos hechos sobre los que las partes no estén de acuerdo y sean relevantes para la resolución del litigio, deberán ser probados a lo largo del procedimiento a fin de que el órgano judicial se pronuncie sobre los mismos.

El derecho a la prueba, como cualquier derecho fundamental reconocido en el ordenamiento jurídico español, no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que está sometido a ciertos límites. En este sentido, cabe señalar que en un Estado Social y Democrático de Derecho, como es el español, los derechos de los que son titulares los ciudadanos no son independientes entre sí, sino que se relacionan y complementan mutuamente; ello hace necesario que el ordenamiento jurídico ofrezca distintas herramientas que hagan posible compatibilizar el ejercicio de sus derechos a todas aquellas personas que formen parte de una misma sociedad.

Y en relación con ello, entre los límites que afectan al derecho a la prueba cabe destacar, por la relevancia del mismo, el principio de legalidad previsto en el art. 1 LEC. Conforme a este principio, en el ámbito probatorio, no solo las partes han de utilizar los medios de prueba legalmente previstos, sino que además, la práctica de dichos medios de prueba ha de llevarse a cabo de la manera establecida legalmente. En definitiva, el principio de legalidad se extiende a todos los aspectos relacionados con el derecho a la prueba, desde la obtención de las evidencias que las partes proponen al órgano judicial, hasta su admisión, práctica y valoración.

Sin embargo, es evidente que el comportamiento de las partes no siempre se ajusta a los parámetros de legalidad anteriormente aludidos. Es evidente que, a lo largo de un procedimiento, pueden darse diversas situaciones que no sean admisibles desde un punto de vista estrictamente legal. Y es precisamente en este momento donde entra en juego la figura de la prueba ilícita, que constituye el objeto del presente trabajo.

La institución de la prueba ilícita no deja indiferente a nadie. Así, ha sido objeto de numerosos trabajos, opiniones e incluso críticas, tanto desde un punto de vista doctrinal como jurisprudencial, tal y como se expone a lo largo del presente trabajo.

Sin perjuicio de las cuestiones más concretas que se plantean y estudian en el trabajo, se puede decir, a modo de resumen, que el principal problema que plantea la figura de la prueba ilícita es el siguiente: ¿qué tratamiento procesal cabe dar a aquella prueba que ha sido obtenida vulnerando los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos?

El legislador español ha dado respuesta a dicha pregunta, señalando que la prueba así obtenida será procesalmente ineficaz. Consecuentemente, la prueba obtenida violentando los derechos fundamentales no puede ser admitida en ningún procedimiento judicial, y, por tanto, tampoco puede ser practicada ni valorada por el tribunal.

Sin embargo, la realidad práctica ha demostrado que la materia de la prueba ilícita no es tan fácil, llegando incluso a plantear dilemas más próximos al mundo de la ética que al mundo jurídico. Por ejemplo, ¿cómo ha de actuarse si la única evidencia que permite demostrar la participación de un sujeto en un hecho delictivo se obtuvo de manera ilícita?; ¿sería adecuado absolver al acusado y dejarlo en libertad, a pesar de haberse conocido su responsabilidad mediante una prueba ilícita?; o, por el contrario, ¿sería posible dictar una sentencia condenatoria con base en una prueba ilícita?

Con todo ello, y dejando a un lado las cuestiones éticas anteriormente aludidas, se dedica la primera parte del trabajo a tratar unas cuestiones más introductorias, tales como la relevancia del derecho a la prueba y su relación con la prueba ilícita, los distintos sujetos que pueden intervenir a lo largo de un procedimiento en la labor de obtención de las evidencias que se aportan al proceso, así como las cuestiones principales sobre el propio concepto de “prueba ilícita”. A continuación, se desarrolla la segunda parte del trabajo, que tiene por objeto estudiar, dentro del orden jurisdiccional civil, las distintas vías de que disponen las partes para alegar la ilicitud de la prueba, el momento en que un medio de prueba deviene ilícito, así como las consecuencias procesales que acarrea la determinación de la ilicitud de la prueba. Por último, se concluye el trabajo estudiando la doctrina de los frutos del árbol envenenado y las distintas excepciones que se han venido creando jurisprudencialmente a dicha doctrina.



Para ello, se tomará como referencia el proceso penal, por ser precisamente en este ámbito en el que nacieron estas teorías.

## II. EL DERECHO A LA PRUEBA FRENTE A LA PRUEBA ILÍCITA

### 1. Concepto del derecho a la prueba

Cuando hablamos de la prueba en el proceso civil, nos referimos a la actividad que desarrollan las partes con el propósito de convencer al tribunal sobre la certeza de los hechos que se han aportado al proceso, lo cual servirá al órgano judicial como fundamento para dictar sentencia.

De este modo, no cabe duda de la importancia que ostenta el derecho a la prueba como institución procesal. Gracias a ella, las partes pueden demostrar sus alegaciones así como tratar de desacreditar las de la parte contraria, logrando así que el juez se pronuncie sobre el fondo del asunto. Tal y como señala MADRID BOQUÍN: *“la actividad probatoria se convierte en el motor de la maquinaria procesal, que lleva a los distintos sujetos que intervienen de una u otra forma en el proceso (principalmente las partes y el juez) a obtener, practicar y valorar los elementos probatorios que determinarán el desenlace del litigio”*<sup>1</sup>.

Sin embargo, también es importante señalar que la prueba no solo sirve para tratar de lograr la convicción del juez, sino que la misma también contribuye al cumplimiento de otros derechos fundamentales y principios procesales. Así por ejemplo, el derecho a la prueba está intrínsecamente relacionado con el derecho de defensa de las partes; también ayuda a que el proceso se desarrolle conforme a las distintas garantías constitucionales, entre las cuales podemos destacar las que vienen impuestas por los principios de igualdad, contradicción y legalidad.

Dada la relevancia del derecho a la prueba, el legislador lo ha configurado como un derecho fundamental. Así, se establece expresamente en el art. 24.2 CE el derecho que tienen todas las personas a *“utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”*.

---

<sup>1</sup> MADRID BOQUÍN, C. M. *La prueba ilícita en el proceso civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 30.

Desde entonces, el TC ha venido desarrollando mediante su jurisprudencia los aspectos esenciales del derecho a la prueba. Así, según establece el TC, el derecho a la prueba puede ser definido como *“el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso”*<sup>2</sup>.

Para comprender mejor esta definición, podemos analizarla por partes:

- En primer lugar, el derecho a la prueba es un derecho fundamental al que, en su condición de tal, se le atribuye una protección especial<sup>3</sup>.
- En segundo lugar, son titulares de este derecho las personas que sean litigantes en un proceso.
- En tercer lugar, el TC señala que el derecho a la prueba conlleva la provocación de una actividad procesal encaminada a demostrar la existencia o, en su caso, inexistencia de los hechos alegados por las partes.
- Por último, se dice que el propósito del ejercicio del derecho a la prueba es lograr la convicción del órgano jurisdiccional, a fin de que éste se pronuncie de manera favorable a las pretensiones solicitadas por la parte.

## **2. El derecho a la prueba como un derecho constitucional**

Como ya se ha señalado anteriormente, el derecho a la prueba se reconoce expresamente en el art. 24.2 CE. Precisamente, fue dicha norma la que reconoció por primera vez, en España, la naturaleza constitucional del derecho a la prueba. A su vez, el hecho de que el derecho a la prueba fuere incluido en el catálogo de derechos fundamentales ha provocado que el desarrollo, tratamiento y ejercicio del mismo esté condicionado por ciertas características particulares.

Así, en primer lugar, se puede afirmar que el derecho a la prueba, en tanto derecho fundamental, tiene una doble vertiente, subjetiva y objetiva<sup>4</sup>. Desde el punto de

---

<sup>2</sup> STC 165/2004, de 4 de octubre, así como también las SSTC 3/2005, de 17 de enero; 30/2007, de 12 de febrero; 212/2013, de 16 de diciembre; 130/2017, de 13 de noviembre; entre otras.

<sup>3</sup> Esto quiere decir que el derecho a la prueba cuenta con garantías normativas (la vinculación de los poderes públicos, la aplicación directa, la reserva de ley, el respeto a su contenido esencial y la especial rigidez de la reforma constitucional) y garantías jurisdiccionales (la tutela preferente y sumaria ante la jurisdicción ordinaria así como la tutela en amparo ante el TC).

vista subjetivo, el derecho a la prueba, como su propio nombre indica, se trata de un derecho, de una facultad a disposición de los litigantes. Por lo tanto, la obligación que se genera (primero al Estado, y en segundo lugar a los demás sujetos que intervengan en el proceso) depende exclusivamente de un acto de voluntad; es decir, son las partes procesales quienes, como titulares del derecho a la prueba, deben ejercerlo para luego instar su cumplimiento.

Por su parte, en lo relativo a la vertiente objetiva, el derecho a la prueba trasciende el ámbito subjetivo propio y se proyecta hacia el exterior, convirtiéndose en un punto de referencia para los poderes públicos. Ello quiere decir que el derecho a la prueba exige al Estado, por un lado, que no se extralimite en el ejercicio de sus facultades, para poder así garantizar la libertad de los ciudadanos. Pero, al mismo tiempo, la vertiente objetiva del derecho a la prueba también implica que el Estado deba adoptar una posición activa y adopte decisiones tendentes a facilitar a la sociedad el ejercicio de sus derechos (por ejemplo, la elaboración de normas que faciliten el procedimiento probatorio o el acceso a la justicia).

Por otro lado, la regulación del derecho a la prueba como derecho fundamental supone que resulten de aplicación al mismo las garantías de protección reforzada que revisten a los derechos fundamentales (art. 53 CE). De este modo:

- El derecho a la prueba tiene eficacia directa. Así, el derecho a la prueba podría ejercerse aunque no existiera una norma de rango legal que lo desarrollara<sup>5</sup>.
- El derecho a la prueba, en tanto derecho fundamental, produce la vinculación especial de los poderes públicos, de tal modo que el Estado y sus órganos están obligados a garantizar su efectividad.

---

<sup>4</sup> La STC 25/1981, de 14 de julio dice: “*los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1). (...) Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna*”.

<sup>5</sup> En la práctica, ésta se trata de una circunstancia que no plantea ningún problema, ya que el derecho a la prueba ha sido ampliamente regulado, por ejemplo, en la LEC.

- La reserva de ley es otra de las garantías que se aplica a los derechos fundamentales. De este modo, el derecho a la prueba sólo podrá ser regulado a través de normas con rango de ley.
- En relación con el punto anterior, dispone expresamente el art. 53.2 CE que la regulación del derecho a la prueba deberá respetar, en todo caso, su contenido esencial<sup>6</sup>.
- El derecho a la prueba goza de la protección especial que le concede el recurso de amparo, del cual conocerá el TC.

Por último, cabe hablar del derecho a la prueba como garantía procesal, tanto en su vertiente constitucional como pública. Por un lado, como garantía procesal constitucional, se puede decir que el derecho a la prueba tiene un “efecto universal”, ya que se aplica a todo tipo de procesos. Sin embargo, el carácter público de este derecho se debe, por un lado, a que el mismo se rige a través de normas de Derecho público y, por otro lado, a que es un derecho que los particulares ostentan frente al Estado.

### **3. La prueba ilícita como límite del derecho a la prueba**

El TC ha manifestado reiteradamente, a través de su jurisprudencia, que los derechos fundamentales no son ilimitados, sino que se relacionan y complementan entre sí<sup>7</sup>. De este modo, puede suceder que los derechos de una persona entren en conflicto con los de otra, circunstancia que hace necesario establecer criterios o parámetros que permitan delimitar el contenido de los derechos fundamentales. Lo que se pretende con ello es hacer compatible el ejercicio de los derechos fundamentales para todas aquellas personas que formen parte de una misma sociedad.

---

<sup>6</sup> MADRID BOQUÍN señala que el contenido esencial es una garantía genérica propia de los derechos fundamentales y está formado por aquellas facultades, garantías, poderes y posibilidades de actuación que la Constitución otorga a los titulares del derecho y que, siendo indispensables para identificarlo como tal, constituyen un núcleo intangible tutelado ante la comunidad y los poderes públicos. Véase MADRID BOQUÍN, C. M. *La prueba ilícita en el proceso civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 35.

Por su parte, la jurisprudencia del TC ha indicado en reiteradas ocasiones que el derecho a la prueba “tiene por contenido garantizar a las partes en todo tipo de proceso la posibilidad de impulsar la actividad probatoria acorde con sus intereses”. Entre otras, se pueden destacar las SSTC 44/2009, de 12 de febrero; 99/2004, de 27 de mayo y 43/2003, de 3 de marzo.

<sup>7</sup> A modo de ejemplo, la STC 2/1982, de 29 de enero dice: “No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites, que (...) establece la CE por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”.

En este sentido, el derecho a la prueba está delimitado por el texto constitucional y, de manera particular, por las leyes procesales que regulan los requisitos formales y temporales que han de cumplirse para que los titulares de este derecho puedan ejercitarlo.

Por un lado, el mismo art. 24.2 CE regula el derecho a la prueba cuando indica que esta ha de ser pertinente para la defensa. Por otro lado, este derecho también se encuentra limitado por el contenido de otros derechos fundamentales, como por ejemplo, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 CE). En relación con esto último, dispone el art. 11.1 LOPJ que *“no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*.

De este modo, si la prueba ha de ser lícita en su origen, el derecho a la prueba no puede comprender la utilización de pruebas ilícitas, entendiéndose por tales –y sin perjuicio de las precisiones que se harán en los apartados siguientes– aquellas que han sido obtenidas vulnerando derechos fundamentales. En relación con ello, señala el TC en la STC 114/1984, de 29 de noviembre que *“constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las ‘garantías’ propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de medios de prueba ‘pertinentes’ que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse ‘pertinente’ un instrumento probatorio así obtenido”*<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> En el mismo sentido, también las SSTC 49/1996, de 26 de marzo y 50/2000, de 28 de febrero.

No obstante, me gustaría señalar que, bajo mi punto de vista, cuando la sentencia se refiere al concepto de medios de prueba “pertinentes” que aparece en el mismo art. 24.2 CE, en realidad debería hablar de la licitud de los medios de prueba, no de su pertinencia. Esto es así ya que ambos conceptos son completamente distintos; una cosa es que la práctica de un medio de prueba sea pertinente, y otra muy distinta que un medio de prueba sea lícito. Así, puede suceder que un medio de prueba sea lícito en su origen pero que su práctica no resulte pertinente para el caso concreto; también puede suceder, en el sentido contrario, que la práctica de un medio de prueba resulte pertinente pero que, sin embargo, dado su origen ilícito, no pueda aplicarse al caso concreto.

En el mismo sentido, siguiendo la línea jurisprudencial que señala esta sentencia, cabe señalar que el derecho a la prueba también constituye un límite a la exclusión de pruebas, ya que solo podrán excluirse del proceso aquellas en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental.

No se puede consentir en un Estado de Derecho que se lesionen los derechos de unas personas para que otras obtengan un beneficio procesal a través de la utilización de un medio de prueba de procedencia ilícita. En consecuencia, el derecho a la prueba no es un derecho ilimitado, sino que debe enmarcarse dentro de los parámetros fijados por la CE en el marco del conjunto de derechos fundamentales que aquélla establece.

En definitiva, se trata de lograr un equilibrio entre los derechos y garantías que entran en juego a lo largo de un proceso, en este caso, el derecho a la prueba y la exclusión de las pruebas ilícitas.

#### **4. El conflicto de intereses que presenta la prueba ilícita y la consecuente limitación de los derechos fundamentales**

Uno de los intereses que se ven afectados por la institución de la prueba ilícita es la función que desempeñan los órganos judiciales de cara a obtener, conforme a la prueba practicada, una explicación suficiente sobre los hechos enjuiciados para poder imputar consecuencias jurídicas a los autores de dichas conductas. Hay quienes consideran que, en el seno de un procedimiento judicial, el interés predominante ha de ser la consecución de una sentencia que castigue el ilícito cometido de la manera más justa posible. Y en este sentido, una sentencia sólo podrá ser realmente justa cuando el órgano jurisdiccional cuente con todos los medios de prueba pertinentes que le permitan averiguar la verdad de los hechos controvertidos, independientemente del modo en que fueron obtenidos. De este modo, un sector de la doctrina entiende que el derecho individual vulnerado debe protegerse a través de la imposición de una sanción directa y personal al responsable del acto ilícito (ya sea administrativa, civil o penal), sin que en ningún caso proceda la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida; de lo contrario, no sería posible que el juez conociera la verdad sobre los hechos debatidos<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Partidarios de esta postura son, por ejemplo, GUASP, J. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aguilar, Madrid, 1947, tomo II, vol. II, págs. 583 y 584; PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1985, pág. 761.

En el lado opuesto, la protección de los derechos fundamentales se erige como uno de los principales valores a proteger por el Estado, adquiriendo una importancia trascendental cuando se estudia la figura de la prueba ilícita. En este sentido, no parece lógico que se pueda consentir la introducción en un proceso judicial de una prueba en cuya obtención se han vulnerado derechos de rango fundamental; ello supondría ignorar las más básicas garantías jurisdiccionales que protegen los derechos de los ciudadanos, posibilitando además que el autor de la conducta ilícita obtenga un beneficio procesal.

Siendo este el debate planteado, cabe señalar que tanto la legislación como la doctrina y la jurisprudencia han resuelto la problemática en el mismo sentido: ha de prevalecer una correcta ponderación de los derechos fundamentales, de tal modo que sólo se podrá limitar el derecho a la prueba cuando, como consecuencia de dicha ponderación, se determine que la vulneración de un derecho fundamental ha sido tan grave que merece una especial protección.

Sin embargo, cuando el derecho que se vea afectado no sea un derecho fundamental, sino uno de rango inferior (es decir, un derecho que no esté previsto en la CE dentro del catálogo de derechos fundamentales), deberá prevalecer la función jurisdiccional de dictar una sentencia lo más justa posible<sup>10</sup>. Por lo tanto, en este tipo de casos, no resultará aplicable la regla de exclusión prevista en el art. 11.1 LOPJ<sup>11</sup>, sino que la reparación del derecho vulnerado deberá llevarse a cabo a través de otros mecanismos procesales<sup>12</sup>.

Junto a los anteriormente mencionados, existen también otros intereses constitucionales que entran en juego cuando se analiza la figura de la prueba ilícita, tales como el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a la igualdad

---

<sup>10</sup> A este respecto, dice la STC 114/1984, de 29 de noviembre: *“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 pueden 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”*.

<sup>11</sup> Aunque no nos vamos a detener ahora en este aspecto, conviene señalar, aunque sea a modo de introducción, el contenido de dicho precepto. Así, el art. 11.1 LOPJ dice: *“En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*.

<sup>12</sup> Podrían aplicarse en estos supuestos algunas de las siguientes consecuencias procesales: subsanación o convalidación (art. 231 LEC), inadmisión (art. 258 LEC) y nulidad o anulabilidad (arts. 225 y 227 LEC).

procesal y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. Por un lado, no cabe duda de que consentir que en un proceso judicial se violen derechos fundamentales es incompatible con un proceso tramitado con sujeción a las garantías constitucionales. Además, esta situación generaría una clara desigualdad en las posiciones procesales de las partes, ya que se estaría permitiendo la violación de los derechos de una de ellas para favorecer a la parte contraria. Y en lo que atañe al derecho a la prueba de las partes, este derecho sólo puede limitarse cuando en la obtención de la prueba se haya vulnerado un derecho de igual o superior rango que el propio derecho a la prueba; de lo contrario, carecería de justificación la limitación de este derecho.

##### **5. Especial referencia al sujeto que ve vulnerados sus derechos fundamentales como consecuencia de la actuación probatoria**

Por lo general, será una de las partes procesales quien sufra la vulneración del derecho fundamental y, por tanto, quien tenga interés en impugnar la evidencia así obtenida.

No obstante, cabe señalar que la ley no dice, en ningún momento, que una prueba sólo podrá ser considerada ilícita en caso de que en su obtención se vulnere un derecho fundamental de alguna de las partes procesales. En este sentido, se plantea la cuestión de si podría una de las partes alegar la ilicitud de una prueba en cuya obtención se hayan vulnerado los derechos fundamentales de una tercera persona.

Para dar respuesta a esta pregunta hay que decir, en primer lugar, que conforme al art. 11.1 LOPJ, una prueba es ilícita cuando vulnera un derecho fundamental, sin hacer ninguna referencia a quien debería ser el titular del derecho vulnerado. De este modo, se puede entender que una prueba es ilícita tanto cuando vulnera los derechos fundamentales de una de las partes como cuando vulnera los derechos fundamentales de un tercero ajeno al proceso.

En relación con ello, es importante señalar que, conforme al art. 287 LEC, la ilicitud probatoria sólo podrá ser alegada por quien sea parte en el proceso. Por tanto, cuando una tercera persona vea vulnerado alguno de sus derechos fundamentales, no podrá impugnar la prueba de que se trate alegando su ilicitud, por no formar parte del



referido procedimiento, es decir, por ser ajena al mismo<sup>13</sup>. Sin embargo, si resulta posible que una de las partes impugne, por ilicitud en su obtención, aquellas evidencias que hayan sido obtenidas vulnerando los derechos de terceras personas.

### **III. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA OBTENCIÓN DE EVIDENCIAS**

Antes de estudiar el concepto de la prueba ilícita y los aspectos más relevantes de la misma, conviene analizar cuáles son las personas que pueden participar en el procedimiento de obtención de evidencias. Así, el objetivo de este epígrafe es analizar los sujetos que, en el contexto de un procedimiento judicial, pueden recopilar evidencias que posteriormente puedan ser calificadas como pruebas ilícitas o prohibidas.

Siendo nuestro ámbito de estudio el proceso civil, no cabe duda de que las partes procesales son quienes, en la mayoría de los casos, obtienen las evidencias, y, por tanto, los causantes de la ilicitud probatoria.

No obstante, tal y como se expondrá en los subapartados posteriores, también vamos a ver determinados supuestos en los que los litigantes podrán pedir la intervención del órgano judicial en la actividad probatoria; es más, hay algunos casos especiales, como los procesos no dispositivos, en los que la actuación judicial podrá ser de oficio, sin necesidad de que concurra el previo requerimiento de alguna de las partes. Asimismo, también podrá intervenir el Ministerio Fiscal en aquellos procedimientos de cierta relevancia social en los que no solo se ventilen intereses privados.

Por último, en cuanto a los sujetos que pueden participar en la adquisición de las evidencias, también se debe analizar la figura del investigador privado, la cual cuenta con su propia regulación legal que se estudiará más adelante.

Vemos así cómo son varias las personas o instituciones que pueden participar activamente en la labor de recopilación de evidencias y, por tanto, vulnerar un derecho fundamental durante la obtención de las mismas.

#### **1. Las partes**

Uno de los principios que rige en la jurisdicción civil es el de aportación de parte; y en relación con éste, además de la facultad de ejercer el derecho fundamental a

---

<sup>13</sup> Ahora bien, ese tercero podrá iniciar, conforme al art. 249.1.2º LEC, un procedimiento diferente cuyo objeto sería el reconocimiento y resarcimiento por la vulneración de su derecho fundamental.

la prueba, también recae sobre las partes la obligación de probar los hechos que alegan<sup>14</sup>.

Dicho esto, cabe señalar que la tarea de obtener las evidencias que llevan a cabo las partes para su defensa no plantea excesivos problemas. Así, puede ser que las partes tengan a su disposición, ya antes de que se inicie el proceso, las pruebas que aportarán para defender sus pretensiones (podemos hablar aquí de distintos tipos de documentos tales como contratos, facturas, recibos, notificaciones, etc...). En otras ocasiones, las partes se verán en la necesidad de adoptar una actitud activa para obtener evidencias que se encuentren a su disponibilidad (por ejemplo, una certificación que se pide en un registro público, un informe médico que ha de solicitarse en el centro correspondiente, etc...). En todos estos casos, las partes tienen la obligación de cumplir con el principio de legalidad y respetar los distintos derechos fundamentales que puedan verse involucrados.

También conviene matizar que, cuando se habla de que son las partes de un proceso quienes obtienen las evidencias, ello no quiere decir que, en todo caso, sean las personas físicas que se constituyen como parte en un proceso las que las obtengan directamente. Más bien, lo que se quiere decir en estos casos es que son las partes procesales las que promueven la actividad de alcanzar las distintas evidencias, y, por tanto, quienes asumen en último término la responsabilidad de dichas actuaciones.

De este modo, es perfectamente posible que no sea uno de los dos litigantes quien personalmente obtenga una evidencia, sino que la misma sea adquirida por otra persona que actúa bajo su dirección e iniciativa. Dentro de estos casos aludimos, por su especial trascendencia en la materia, a la función desempeñada por los investigadores privados o detectives en la recolección de evidencias.

## **2. El investigador privado**

La figura del investigador privado se reguló por primera vez en España a través de la Orden del Ministerio de Interior de 20 de enero de 1981<sup>15</sup>, regulación que fue

---

<sup>14</sup> En el ámbito de la carga de la prueba, dispone el número segundo del art. 217 LEC que *“corresponde al actor y al demandado reconveniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición”*. Por su parte, el número tercero del mismo precepto establece que *“incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”*.

actualizada en la LSP. Según esta norma, las funciones de los detectives privados consistirán en *“la ejecución personal de los servicios de investigación privada a que se refiere el artículo 48, mediante la realización de averiguaciones en relación con personas, hechos y conductas privadas”* (art. 37 LSP)<sup>16</sup>.

Lógicamente, la actividad investigadora de los detectives privados no es ilimitada, sino que ha de regirse por ciertos parámetros de legalidad. En este sentido, dispone el art. 48.3 LSP que *“en ningún caso se podrá investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados, ni podrán utilizarse en este tipo de servicios medios personales, materiales o técnicos de tal forma que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos”*.

Vemos de este modo como los investigadores privados desempeñan unas funciones que están muy próximas a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. En este sentido, la evidencia obtenida por estos profesionales podrá aportarse al proceso judicial siempre y cuando en su obtención no se haya vulnerado ningún derecho fundamental; de lo contrario, la prueba se considerará ilícita, será apartada del proceso y, además, el detective será castigado con las sanciones establecidas en los arts. 61 y 62 LSP<sup>17</sup>.

La parte que se vea afectada por una prueba que haya sido aportada al proceso como consecuencia de la labor realizada por un investigador privado podrá oponerse a la misma, en el sentido de no reconocerla como cierta. En estos casos, el detective que hubiere obtenido dicha evidencia podrá ratificar el contenido de su informe mediante la correspondiente declaración testifical. En este sentido, el art. 37.2.c) LSP establece que *“en el ejercicio de sus funciones, los detectives privados vendrán obligados a: Ratificar el contenido de sus informes de investigación ante las autoridades judiciales o policiales cuando fueren requeridos para ello”*.

---

<sup>15</sup> Dicha orden recogía los requisitos para ejercer como investigador privado y las funciones que éste cumplía.

<sup>16</sup> En el mismo sentido se pronuncia el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, que en su art. 101 dispone que *“se considerarán conductas o hechos privados los que afecten al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados”*.

<sup>17</sup> La imposición de estas sanciones se basa en la gravedad de la infracción cometida, a cuyo efecto la ley diferencia entre infracciones muy graves, graves y leves. En relación con ello, véanse los arts. 56 y ss. LSP.

Por todo ello, se puede afirmar que la labor desempeñada por los investigadores privados tiene relevancia tanto desde una perspectiva procesal como constitucional; lo primero, porque las evidencias por ellos obtenidas se convierten en auténticas pruebas que se aportan al proceso, y lo segundo, porque las actuaciones que realizan estas personas pueden incidir en los derechos fundamentales de otras.

A modo de conclusión, podemos decir que la investigación privada es una posibilidad perfectamente legal a la que pueden recurrir las partes para desempeñar la actividad probatoria que les corresponde, y cuyos resultados se aportarán al proceso en la forma de prueba, siempre y cuando no se haya producido la vulneración de un derecho fundamental del sujeto investigado<sup>18</sup>.

### **3. El Ministerio Fiscal**

La jurisdicción civil es un ámbito en el que, principalmente, se protegen los derechos e intereses individuales de los ciudadanos. No obstante, también puede suceder que en un proceso civil exista un interés social en la resolución del litigio privado; esto es especialmente frecuente en procedimientos relativos al estado civil de las personas, cuestiones de competencia, asuntos de filiación, etc... De este modo, cuando en los procesos civiles existe un interés general, es necesario introducir una figura que se ocupe de la protección del mismo. Dicho papel lo asume el Ministerio Fiscal, quien, conforme al art. 124.1 CE, *“sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”*.

En desarrollo de lo dispuesto por dicho precepto, establece el EOMF que para cumplir dicha misión, corresponderá al Ministerio Fiscal *“tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley”* (art. 3.6 EOMF), así como *“intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”* (art. 3.7 EOMF).

---

<sup>18</sup> Sobre la labor desempeñada por los detectives privados, véase SERRANO BUTRAGUEÑO, I. “Los servicios de los detectives privados: Licitud y valor de sus investigaciones”, en *Revista General de Derecho*, núm. 620, 1996, págs. 5106-5109.

En base a estos preceptos, se puede observar como el Ministerio Fiscal interviene en el proceso civil de distintas formas. Algunas veces lo hará como parte (cuando exista un interés público) y otras como representante legal (para defender los derechos de aquellas personas que no puedan hacerlo por sí mismas). De este modo, el grado de participación del Ministerio Fiscal será mayor o menor, en función del papel procesal que ostente.

Así, en aquellos procesos en los que existe un interés social o general que debe ser protegido, el Ministerio Fiscal actúa como parte, y por tanto, tiene todas las facultades inherentes a dicha condición<sup>19</sup>.

También puede actuar el Ministerio Fiscal como representante legal de aquellas personas físicas que no se encuentran en pleno ejercicio de sus derechos civiles, tales como los menores de edad, incapacitados, etc... En estos casos, las facultades probatorias pertenecen a la persona representada, no al Ministerio Fiscal. Por este motivo, el Ministerio Fiscal se limita a ejercer dichas facultades durante el tiempo estrictamente necesario (hasta que se designe al defensor judicial que asumirá la defensa y representación del sujeto en cuestión) y siempre en interés del representado.

Por último, el Ministerio Fiscal también puede actuar como dictaminador. En estos casos, el Ministerio Fiscal no actúa como parte ni como representante, sino que su función consiste en emitir su opinión jurídica sobre los aspectos controvertidos que se pongan de manifiesto en cada caso, ya sean cuestiones materiales o procesales<sup>20</sup>.

Vistas las distintas posiciones que puede adoptar el Ministerio Fiscal en el procedimiento civil, se puede afirmar que también puede estar involucrado en la actividad de obtención de evidencias. Y en relación con ello, resulta trascendental conocer el papel que ostenta el Ministerio Fiscal en un proceso, ya que cuando actúa como parte, su intervención está regida por el principio de imparcialidad. Por tanto, en materia probatoria, el fiscal no ejercerá sus facultades de prueba a favor o en contra de

---

<sup>19</sup> Conforme al art. 749.1 LEC, el Ministerio Fiscal será parte necesaria en los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la ley, asumir la defensa de alguna de las partes.

<sup>20</sup> Algunos procesos en los que el Ministerio Fiscal actúa como dictaminador son: en cuestiones de prejudicialidad penal (art. 40.1 LEC); cuando se recusa al órgano judicial (art. 109.3 LEC); cuando se revisan sentencias firmes (art. 514.3 LEC); y en procedimientos de separación y divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges si hubiera hijos menores o incapacitados (art. 777.5 LEC).

alguna de las partes, sino que su actuación estará encaminada a que el litigio se resuelva de la forma más justa posible, siempre de acuerdo con el interés público.

En cambio, cuando el Ministerio Fiscal actúe como representante de alguna de las partes, no será exigible que su actuación se ajuste a las exigencias de imparcialidad anteriormente vistas, sino que procurará defender los intereses particulares de su representado.

#### **4. Las especiales potestades del órgano judicial en la práctica de la prueba**

A lo largo de un proceso judicial puede darse el caso de que, una de las partes, sabiendo de la existencia de una evidencia que desea aportar al proceso, no pueda obtenerla por sus propios medios y, consecuentemente, deba solicitar la intervención del órgano judicial. Este tipo de escenarios ponen de manifiesto la necesidad de que la Ley prevea la posibilidad de que el órgano judicial participe activamente en el proceso para complementar la labor de las partes de obtención de los hechos que han de conformar el objeto del litigio. Con dicha finalidad, la LEC ha regulado algunos mecanismos que permiten a las partes recabar la intervención del órgano judicial para adquirir aquellos hechos que se entiende que han de ser incorporados al proceso para que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre ellos.

En primer lugar, podríamos mencionar las denominadas “diligencias finales” (arts. 435 y 436 LEC), que posibilitan al juez, siempre a petición de parte y en los casos legalmente previstos, acordar la práctica de aquellos medios de prueba que no pudieron practicarse en el momento procesal debido.

Otro ejemplo que merece la pena destacar es el de la prueba de oficio que podrá realizar el órgano judicial en los procesos no dispositivos. Para estos casos, establece el art. 752.1 LEC que *“sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes”*.

Otro supuesto distinto es el de la observación sobre la insuficiencia probatoria que el órgano judicial hace a las partes (art. 429 LEC). En estos casos, el tribunal desempeña una actividad que no está destinada expresamente a colaborar en la obtención de evidencias, sino que el órgano judicial interfiere en la labor desempeñada

por las partes para indicar a éstas lo que el tribunal estime oportuno. De este modo, las partes podrán añadir algún elemento probatorio al procedimiento<sup>21</sup>.

También podemos mencionar otros casos en los que el órgano judicial, siempre a petición de las partes, coadyuva a alguna de ellas en la tarea de recopilación de evidencias. A modo de ejemplo podríamos mencionar, en primer lugar, las denominadas “diligencias preliminares” (arts. 256 a 263 LEC), cuya finalidad es “preparar el proceso” (así se deduce del tenor literal del art. 256.1 LEC, que dice expresamente “*todo juicio podrá prepararse: ...*”). Estas diligencias sirven para que el órgano judicial ayude a una de las partes a recabar información sobre algún presupuesto procesal, así como para obtener algún objeto o documento que se aportará al procedimiento y que, sin la intervención judicial, no se hubiere podido obtener.

Otras figuras procesales que podemos mencionar en este momento son la “anticipación” y el “aseguramiento” de la prueba, reguladas en los arts. 293 a 298 LEC. En ambos casos, ya sea antes de haberse iniciado el procedimiento o durante la tramitación del mismo, la parte requiere la intervención del órgano judicial para obtener el control sobre un elemento probatorio. En el caso del aseguramiento de la prueba, la finalidad de dicha intervención es que el órgano judicial adquiera el control sobre un elemento de prueba para asegurar su práctica en el momento procesal oportuno. Por su parte, la anticipación de la prueba confiere la posibilidad de proceder de manera anticipada a la práctica de un medio de prueba (sin perjuicio, de poder repetir la práctica de dicho medio de prueba en el momento procesal adecuado, siempre y cuando las circunstancias lo permitan y alguna de las partes lo solicite). En el caso de la prueba anticipada, es el temor fundado de que dicha prueba no pueda practicarse en el momento procesal oportuno lo que motiva la solicitud de la intervención judicial. Por su parte, el fundamento del aseguramiento de la prueba reside en el riesgo de que, para el momento en que deba practicarse, las características de la fuente de prueba se hayan alterado en perjuicio de la parte que la propuso.

---

<sup>21</sup> A este respecto se refieren los dos últimos párrafos del art. 429.1 LEC: “*Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.*”

*En el caso a que se refiere el apartado anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.*

También cabe la posibilidad de que, durante la práctica de la prueba, el órgano judicial adopte determinadas decisiones que permitan a las partes acceder a un elemento de prueba concreto. Esto sucede, por ejemplo, cuando el tribunal interfiere en el interrogatorio que está teniendo lugar para realizar preguntas a los testigos o peritos que en ese momento estén declarando. En estos casos, el interrogatorio que realiza el juez cumple una función aclaratoria; lo que se persigue con el mismo es que los sujetos que estén siendo interrogados respondan a las preguntas del juez para así poder precisar los hechos que constituyen el objeto del litigio. No obstante, es importante remarcar que, en estos casos, el juez no podrá abrir una nueva línea de investigación, sino que deberá ceñirse a preguntar sobre aquellos hechos que ya se hubieren puesto de manifiesto anteriormente.

En relación con todas estas medidas que regulan la participación del órgano judicial en la obtención de evidencias, me gustaría señalar, en primer lugar, que las mismas no afectan de ninguna manera al cumplimiento del principio de aportación de parte. En la mayoría de los casos, estas medidas se tratan de unas diligencias de auxilio que las partes solicitan al órgano judicial, de tal modo que no es éste quien adopta el elemento de prueba por su propia cuenta, sino que simplemente facilita a las partes su obtención.

Por último, y aunque sea evidente, querría acabar este apartado resaltando la necesidad de que todas estas actuaciones sean respetuosas con los derechos fundamentales; de lo contrario, las pruebas obtenidas con la ayuda de estas diligencias serían ilícitas.

#### **IV. SOBRE EL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA**

##### **1. La vulneración de un derecho fundamental y otras irregularidades probatorias como criterio diferenciador de la prueba ilícita**

Antes de estudiar el origen y el uso actual de las expresiones “prueba prohibida” y “prueba ilícita”, considero oportuno recordar que la doctrina ha venido distinguiendo entre los conceptos de “ilicitud probatoria” e “ilegalidad” o “irregularidad probatoria”. La primera de estas expresiones se identifica con aquella prueba que se obtiene mediante la vulneración de derechos fundamentales y que se sanciona con la exclusión de la misma del proceso. Por su parte, cuando hablamos de prueba irregular o ilegal, nos



referimos a la infracción de las normas de la legalidad ordinaria a lo largo del *iter* de la prueba.

El principio de legalidad previsto en el art. 1 LEC implica que, en el ámbito de la prueba, deban utilizarse los medios de prueba permitidos por la Ley y, además, que los mismos sean practicados conforme a las reglas establecidas legalmente<sup>22</sup>. De este modo, no solo han de ajustarse a la legislación ordinaria los medios de obtención de prueba, sino también las formas en que estas sean propuestas, practicadas y valoradas. En definitiva, la actividad probatoria, entendida en un sentido amplio, ha de llevarse a cabo dentro de los parámetros legalmente previstos. Sin embargo, es obvio que esto no siempre se cumple, de tal modo que, en función de la infracción cometida, la consecuencia procesal que resulte aplicable será una u otra.

En relación con la prueba ilícita, la relevancia de la infracción cometida (lesión de un derecho fundamental) se sanciona con la ineficacia absoluta. Sin embargo, tiene sentido que cuando se cometan infracciones más leves se apliquen, de manera proporcional, consecuencias procesales menos tajantes. De este modo, el incumplimiento de las normas de rango legal determinará que la prueba sea ilegal o irregular. En estos casos, la prueba no será apartada del proceso conforme al art. 11.1 LOPJ, sino que se aplicará la sanción legalmente prevista en función de la norma que se haya incumplido<sup>23</sup>.

Y es que, si la regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ se pudiera aplicar a cualquier supuesto en que se vulnerase un derecho legalmente reconocido, ya tuviere este rango fundamental o no, no se cumpliría satisfactoriamente el derecho procesal a la prueba; se consigue el respeto adecuado a este derecho posibilitando a las partes hacer uso de los medios previstos en la LEC para subsanar o completar los medios de prueba defectuosamente presentados. En sentido contrario, no aplicar en ningún caso la referida regla de la exclusión, ni siquiera en los casos en que resulten vulnerados derechos fundamentales, ignoraría el derecho a un proceso con todas las garantías de la parte que ve vulnerados sus derechos fundamentales por la conducta ilícita de la parte contraria.

---

<sup>22</sup> El art. 1 LEC establece: “*En los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley*”.

<sup>23</sup> Por ejemplo, si una de las partes propone como testigo a una persona que, de acuerdo con el art. 361 LEC, no puede serlo, dicha prueba podrá ser inadmitida por el juez; no obstante, en caso de que fuere admitida, la parte a cuyo derecho perjudique la admisión de la prueba podrá interponer recurso de reposición y protesta. En este caso, se resuelve el problema planteado por la ilegalidad de la prueba a través del art. 285 LEC.

Llegados a este punto, conviene aclarar, en relación con la prueba ilícita, que hay algunos autores que consideran que no debe aplicarse el art. 11.1 LOPJ a aquellas pruebas que vulneran preceptos constitucionales que no sean derechos fundamentales. Por mi parte, estoy de acuerdo con esta postura, ya que entiendo que el núcleo de la prueba prohibida se constituye por la importancia del derecho vulnerado (un derecho fundamental), independientemente del rango, legal o constitucional, de la norma que se entienda vulnerada. De este modo, considero que prueba ilícita es aquella que vulnera derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Y, por otro lado, el incumplimiento del resto del ordenamiento jurídico (garantías constitucionales no fundamentales y garantías legales) da lugar a la prueba ilegal o irregular<sup>24</sup>.

Por todo ello, y a modo de resumen, se puede decir que las principales diferencias entre la prueba ilícita y la prueba ilegal o irregular son las siguientes:

- En cuanto al objeto de la infracción: la prueba ilícita vulnera derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, mientras que la prueba ilegal incumple preceptos cuyo contenido no es de rango fundamental.
- En cuanto al momento de la infracción: la ilicitud de la prueba se produce en la obtención de la misma, mientras que la ilegalidad o irregularidad de la prueba se produce a lo largo del procedimiento, es decir, durante el *iter* probatorio.
- En cuanto a la consecuencia procesal: la prueba ilícita se sanciona con la exclusión del art. 11.1 LOPJ, mientras que el tratamiento de la prueba ilegal o irregular dependerá del precepto lesionado y la sanción establecida legalmente. Así, la prueba ilegal puede ser subsanada o convalidada (art. 231. LEC), inadmitida (art. 285 LEC) o incluso, se puede declarar nula o anulable (arts. 225 y 227 LEC). Además, se exige al sujeto que haya cometido la infracción de que se trate la responsabilidad correspondiente (pago de una multa, condena en costas, etc...).

---

<sup>24</sup> Autores como PICÓ I JUNOY, J. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 290 y 291 y DÍAZ CABIALE, J. A. Y MARTÍN MORALES, R. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 65-69, afirman que la constitucionalidad y la fundamentalidad de los derechos son conceptos distintos, y que por tanto, la regla de la exclusión sólo cabe aplicarla en el segundo caso.

## 2. Origen de las expresiones “prueba prohibida” y “prueba ilícita”

Se dedica este apartado para ver qué es lo que puede entenderse, desde un primer punto de vista, por las expresiones “prueba prohibida” o “prueba ilícita”. Se estudia también el origen de estas expresiones así como la forma en que fueron incorporadas al sistema jurídico español.

Así, la figura procesal de la prueba ilícita se introdujo en España a través de la STC 114/1984, de 29 de noviembre. En dicha sentencia el TC resolvía un recurso de amparo en el que el recurrente alegaba la vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones y de su derecho a un proceso con todas las garantías (arts. 18.3 y 24.2 CE, respectivamente). El recurrente fundamentaba su posición en el uso de una grabación fonográfica que se utilizó para su despido laboral, así como para las posteriores sentencias que lo confirmaron.

Esta sentencia del TC, que desestimó el amparo solicitado por el recurrente, desarrolló en su fundamentación jurídica un cuerpo argumentativo que supuso la incorporación al sistema jurídico español de la prohibición de utilizar en un proceso aquellas pruebas que hubieren sido obtenidas mediante la vulneración de derechos fundamentales. El impacto de esta innovadora sentencia fue tal que, tan solo un año después, dicha prohibición fue reconocida expresamente en el art. 11.1 LOPJ.

Debido a que la STC 114/1984 fue la primera resolución que se acercó de alguna manera al concepto de prueba ilícita, el TC acudió al Derecho Comparado para poder enriquecer la fundamentación jurídica de su sentencia. Con tal fin, el Tribunal se sirvió de la doctrina francesa, italiana, estadounidense y también de algún caso enjuiciado por el TEDH<sup>25</sup>.

Una primera cuestión que llama la atención de la sentencia anteriormente referenciada es que la misma, para referirse a la figura procesal que es objeto de estudio en este trabajo, utilizó indistintamente expresiones como “*instrumento ilegítimamente adquirido*”, “*prueba ilícitamente obtenida*”, “*pruebas de posible origen antijurídico*”, “*prueba tachada de ilegítima*”, “*instrumentos probatorios con causa ilícita*”, “*obtención inconstitucional de una prueba*” y “*prueba ilícita*”; de hecho, esta última expresión se utiliza una sola vez en el fundamento jurídico segundo. Finalmente, tanto la STC 114/1984 (fundamento jurídico cuarto) como el art. 11.1 LOPJ optaron por

---

<sup>25</sup> Un ejemplo sería el caso Malone, sentencia del 2 de agosto de 1984.

referirse a la figura de la prueba ilícita utilizando la siguiente terminología: “*prueba obtenida violentando los derechos o libertades fundamentales*”.

Otro aspecto que merece la pena destacar de esta sentencia es que la misma, a su vez, se remite a la jurisprudencia de Estados Unidos e Italia. En la doctrina norteamericana nace la teoría de la prueba ilícita a finales del Siglo XIX, a raíz de casos como *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886) y *Bram v. United States*, 168 U.S. 532 (1897)<sup>26</sup>. Dicha doctrina adquirió su auge en la primera mitad del Siglo XX, cuando la Corte Suprema Federal Estadounidense declaraba la nulidad de los juicios en procesos penales donde se habían ejecutado acciones de registros, ocupación de documentos o detenciones sin autorización judicial contrarias a los derechos de los ciudadanos<sup>27</sup>. Por su parte, en Italia se introdujo la prueba ilícita durante la década de los años 70 a través de la sentencia 34/1973, de 6 de abril, dictada por la *Corte Costituzionale* italiana<sup>28</sup>.

Por otro lado, la expresión “prueba prohibida” se deriva de la doctrina alemana sobre las “prohibiciones probatorias”, término acuñado por Beling a principios del Siglo XX. Si bien dicha doctrina presenta algunos rasgos comunes con la prueba prohibida española, ambos grupos doctrinales tienen conceptos y matices que las diferencian<sup>29</sup>.

### **3. Uso actual de las expresiones “prueba prohibida” y “prueba ilícita”**

Antes que nada, cabe señalar que para referirse a la figura procesal de la prueba ilícita se han venido utilizando muy diversas expresiones. Ello ha llevado a la doctrina a reconocer que el aspecto terminológico en el estudio de la prueba ilícita es una materia problemática que no tiene una única solución<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Estos casos trataban sobre acciones relativas a incautaciones arbitrarias por parte de la policía en asuntos de índole civil y penal.

<sup>27</sup> Algunos ejemplos serían los casos *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914), *Gouled v. United States*, 255 U.S. 298 (1921) y *Agnello v. United States*, 269 U.S. (1925).

<sup>28</sup> La sentencia 34/1973, de 6 de abril, dictada por la *Corte Costituzionale* italiana establece que “*las conductas realizadas en contravención de los derechos fundamentales del ciudadano no pueden servir de presupuesto ni de fundamento para actos procesales a instancia de aquél a quien se deban tales actuaciones constitucionalmente ilegítimas*”.

<sup>29</sup> Sobre la prueba prohibida en el proceso alemán, véase AMBOS, K. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 325-360.

<sup>30</sup> Por ejemplo, la jurisprudencia se refiere a “*prueba obtenida violentando un derecho o una libertad fundamental*” (STC 64/1986, de 21 de mayo), prueba de “*procedencia constitucionalmente ilícita*” (STC 85/1994, de 14 de marzo), “*prohibición absoluta de valoración de las pruebas*” (STC 86/1995, de 6 de junio), “*ilegitimidad constitucional*” de la prueba (STC 81/1998, de 2 de abril), “*ilicitud de la fuente de prueba*” (STS, Sala Primera, 386/2007, de 29 de marzo), “*material probatorio obtenido ilícitamente*” (STS, Sala Primera, 175/2010, de 8 de abril), e “*ilegalidad de la obtención*” de la prueba (STS, Sala Primera, 278/2011, de 28 de abril).

En base a ello, y con el objeto de conocer cuál es la tendencia que actualmente prevalece en la doctrina española, se ha estudiado la forma en que distintos autores hacen uso de las expresiones “prueba prohibida” y “prueba ilícita”. Cabe señalar como consideración preliminar que dicho estudio parte de una premisa que se entiende mayoritariamente aceptada, consistente en la distinción que existe entre aquella prueba en cuyo origen se ha vulnerado un derecho fundamental y aquella otra en la que para su obtención se ha vulnerado algún precepto del ordenamiento jurídico en general, es decir, de la legalidad ordinaria<sup>31</sup>.

Dicho esto, se procede a continuación a exponer cómo los distintos sectores de la doctrina española han venido utilizando los términos “prueba prohibida” y “prueba ilícita”.

En un primer bloque cabría agrupar a aquellos autores que utilizan, exclusivamente, una de las dos expresiones estudiadas para referirse a aquella prueba que se obtiene vulnerando un derecho fundamental. Este grupo doctrinal, independientemente de la terminología utilizada, parte de la ineficacia absoluta de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Además, entienden los autores partidarios de esta postura que las pruebas que, por otro lado, infringen en su obtención la legalidad ordinaria, merecen un tratamiento procesal distinto<sup>32</sup>.

En sentido contrario, existe otro grupo de autores que entienden ambas expresiones como sinónimos y, por tanto, utilizan indistintamente las expresiones de “prueba prohibida” y “prueba ilícita”. De este modo, se entiende que cuando este segundo sector de la doctrina opta por utilizar alguno de estos dos términos, se están refiriendo a la misma figura: prueba en cuyo origen se ha vulnerado un derecho fundamental<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Nos referimos a los conceptos ya vistos de prueba “ilegal” o “irregular”.

<sup>32</sup> Entre los autores que utilizan la expresión “prueba prohibida” podemos citar a GÓMEZ COLOMER, J. L. “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: Del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 107-115; ASECIO MELLADO, J. M. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, págs. 75-77. En sentido contrario, se decantan por el uso de la expresión “prueba ilícita”, entre otros, DÍAZ CABIALE, J. A. Y MARTÍN MORALES, R. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 22; MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 47.

<sup>33</sup> En este grupo podemos mencionar a MEDINA CEPERO, J. R. “La ilicitud de la prueba en el proceso civil”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7, 2022, pág. 188; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, págs. 82-85.

Un tercer grupo prefiere utilizar exclusivamente la expresión “prueba ilícita”, si bien con un matiz importante, consistente en que dicha expresión puede ser interpretada en dos sentidos distintos, uno amplio y otro estricto. El sentido amplio de la prueba ilícita se identifica con aquellas que contravienen una norma del ordenamiento jurídico en general, independientemente de si se trata de una norma de rango constitucional o inferior; por el otro lado, la prueba ilícita en sentido estricto sería aquella prueba obtenida con violación de un derecho fundamental. Dicho esto, aclarar que la mayoría de los autores de este sector, para referirse a la figura procesal que aquí se estudia, utilizan la expresión prueba ilícita en el sentido estricto<sup>34</sup>.

Existe un cuarto grupo de la doctrina que entiende que la prueba prohibida y la prueba ilícita son dos figuras completamente distintas. Así, por su parte, prueba prohibida sería aquella que vulnera derechos fundamentales, mientras que, por el otro lado, prueba ilícita sería aquella que vulnera garantías procesales legales<sup>35</sup>. La peculiaridad de este sector radica en que, a diferencia de los demás, se utilizan ambas expresiones, pero para referirse a figuras completamente distintas. En relación con ello, la diferencia que este grupo doctrinal hace entre estos dos conceptos es la misma que hace el resto de la doctrina entre la prueba prohibida o ilícita y la prueba ilegal o irregular.

En último lugar, existe un grupo de autores que se refieren a la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales haciendo uso de otro tipo de expresiones. Entre otras, se pueden destacar las siguientes: “*ilicitud de las fuentes de prueba*”,

---

<sup>34</sup> Algunos partidarios de esta posición serían MIRANDA ESTRAMPES, M. *El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., J.M. Bosch, Barcelona, 2004, págs. 17-27; PÉREZ CEBADERA, M. A. “La prueba ilícita en el proceso civil”, en *El Derecho: Revista de Jurisprudencia*, año VII, núm. 1, 2011, pág. 1. También merece la pena destacar la reflexión que sobre el concepto de prueba ilícita hacen DE URBANO CASTRILLO, E. Y TORRES MORATO, M. A. *La prueba ilícita penal*, 6ª ed., Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra, 2012, págs. 75-77, cuando señalan que usan el término de “prueba ilícita” en un sentido amplio, es decir, en relación con aquella prueba obtenida vulnerando normas del ordenamiento jurídico en general siempre y cuando se vulnere un derecho fundamental. En relación con ello, explican estos autores que “*no es lo esencial, por tanto, que se trate de una infracción constitucional o infraconstitucional (...) porque la vulneración de un derecho fundamental, siempre conectado para tener trascendencia procesal al artículo 24 CE, no se produce siempre sobre el ‘núcleo fundamental’ del mismo sino, la mayoría de las veces, a través de su desarrollo legal*”.

<sup>35</sup> Distinguen entre estos dos conceptos autores como MORENO CATENA, V. “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de los derechos fundamentales durante la investigación penal”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 103-106; GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso civil práctico*, 4ª ed. La Ley, Madrid, 2010, pág. 118.

*“prohibiciones probatorias” o incluso “prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”<sup>36</sup>.*

Después de realizar esta distinción, se llega a la conclusión de que la mayoría de la doctrina española utiliza ambas expresiones para designar a la prueba que en su obtención ha vulnerado un derecho fundamental.

Es por ello por lo que, siendo consciente de las distintas interpretaciones que existen al respecto, y recordando que la problemática terminológica es una cuestión no pacífica en el ámbito de la prueba ilícita, para el desarrollo de este trabajo optaré por hacer un uso indistinto de las expresiones “prueba prohibida” y “prueba ilícita” ya que, en definitiva, ambas expresiones se refieren a la misma figura procesal. Al resto de pruebas que se vean afectadas por otro tipo de vicios y a las que no resulte de aplicación la regla de exclusión prevista en el art. 11.1 LOPJ, las designaré con la expresión “prueba ilegal” o “irregular”.

## **V. LA DETERMINACIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA**

Se dedica este apartado del trabajo a estudiar, en primer lugar, el momento en que se produce la actuación vulneradora del derecho fundamental determinante de la ilicitud probatoria; es decir, el instante en que una prueba deviene ilícita. Para ello, se atenderá a la legislación vigente en la materia y se expondrán las distintas posiciones doctrinales que existen al respecto.

A continuación, se estudiarán cuáles son los medios de que disponen las partes para procurar la exclusión del proceso de aquellas pruebas que hayan de ser consideradas como ilícitas o prohibidas. Así, cabría mencionar, en primer lugar, que el art. 287 LEC (Ilicitud de la prueba) prevé un incidente contradictorio con el fin de que cada una de las partes alegue lo que convenga a sus intereses en relación con la ilicitud de la prueba; es decir, esta vía permite que la parte que propuso la prueba impugnada defienda el origen lícito de la misma, así como que la parte contraria procure demostrar que dicha prueba se obtuvo vulnerando algún derecho fundamental.

---

<sup>36</sup> Respectivamente, los autores que hacen uso de tales expresiones son MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, 7ª ed. Thomson Civitas, Navarra, 2012, págs. 167-169; PASTOR BORGÓN, B. “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Justicia: Revista de Derecho Penal*, núm. 2, 1986, pág. 338; GÁLVEZ MUÑOZ, L. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de Derechos Fundamentales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 43-51.

A continuación, también se analizará el tratamiento procesal que reciben las pruebas ilícitas en segunda instancia, así como, posteriormente, en los recursos extraordinarios. Junto a ello, también se verá la tutela constitucional en materia de prueba ilícita y la posibilidad de interponer el recurso de amparo constitucional previsto en el art. 53.2 CE.

### **1. El momento de determinación de la ilicitud de la prueba**

Para determinar cuál es el momento en que se produce la ilicitud de la prueba, se toma como punto de referencia lo dispuesto por el art. 11.1 LOPJ, que dice que “*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”. De este modo, podría parecer que se trata de una cuestión que no tiene por qué presentar demasiadas dificultades, ya que bastaría con afirmar que la determinación de la ilicitud de la prueba se identifica con el momento de obtención de la misma.

Sin embargo, en la doctrina española existen distintas posiciones en cuanto al modo en que debe interpretarse dicho artículo. Así, en función de la postura que se adopte, el concepto de prueba ilícita abarcará más o menos supuestos, dependiendo de cómo se entienda el término “obtención”.

Un primer sector de la doctrina considera que lo más correcto es hacer una interpretación literal del art. 11.1 LOPJ. Así, sólo podrán sancionarse con la regla de la exclusión aquellas pruebas en cuya obtención se haya vulnerado algún derecho fundamental<sup>37</sup>. Para estos autores, sólo puede producirse la ilicitud probatoria mediante la labor desarrollada para identificar y adquirir las distintas evidencias que, en el contexto de un proceso civil, suele llevarse a cabo en la etapa preprocesal (es decir, antes de que haya comenzado la tramitación del proceso).

Así mismo, señalar que para los partidarios de esta posición es necesario diferenciar entre fuentes y medios de prueba, en el sentido de que la ilicitud sólo puede darse en relación a la adquisición de las fuentes de prueba, no siendo posible que tenga

---

<sup>37</sup> Como defensores de esta posición podemos mencionar, entre otros, a MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, 7ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2012, págs. 167-169; MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 50-51; MEDINA CEPERO, J. R. “La ilicitud de la prueba en el proceso civil”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7, 2022, págs. 189 y 190.



lugar durante la práctica de los medios probatorios<sup>38</sup>. De este modo, en aquellos supuestos en los que la lesión de un derecho fundamental se produzca durante la admisión o práctica de un medio de prueba, no en la obtención de la fuente de prueba en sentido estricto, se aplicará el incidente de nulidad de actuaciones, no la regla de exclusión.

Finalmente, señalar que esta posición también ha sido defendida por la jurisprudencia, tanto del TC como del TS<sup>39</sup>.

Por su parte, existe otro sector de la doctrina que aboga por una interpretación más amplia del término “*obtención*” utilizado en el art. 11.1 LOPJ<sup>40</sup>. Los partidarios de esta teoría defienden que la ilicitud de la prueba también puede producirse durante la incorporación de la misma al proceso; de este modo, la obtención de la prueba no consiste solo, tal y como se defendía en la postura anteriormente mencionada, en investigar y adquirir las fuentes de prueba, sino que se extiende a toda la labor desempeñada para aportar un medio de prueba al proceso.

Los defensores de esta postura reconocen que, si bien es cierto que la mayoría de casos de prueba ilícita se darán en la etapa preprocesal, también puede haber otros

---

<sup>38</sup> En relación con la necesidad de diferenciar entre las fuentes y los medios de prueba, señala MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, 7ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2012, pág. 167, que “*aun siendo poco expresiva la terminología, pues está ya admitido hablar de prueba ilícita o prohibida, lo que importa resaltar es que respecto de las fuentes lo que debe cuestionarse es su modo de obtención. Un medio de prueba, es decir, una actividad que se realiza en el proceso con sujeción a lo dispuesto en la ley, no puede ser algo prohibido o ilícito; el medio de prueba podrá realizarse de modo ilegal, es decir, contraviniendo la norma que lo regula, pero es algo distinto de la ilicitud en la obtención de la fuente de prueba*”.

<sup>39</sup> A modo de ejemplo, se puede citar, entre otras, la STC 64/1986, de 21 de mayo, que dice: “*Es verdad que la Sentencia de este Tribunal de 29 de noviembre de 1984 decretó la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales y tal doctrina debe ahora reiterarse. Sin embargo, tal doctrina en el caso presente no podría llevar nunca a la estimación del amparo por las siguientes consideraciones: a) la tacha que puede oponerse a las pruebas, según la doctrina antes dicha, es la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener tales pruebas, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues respecto de estos últimos momentos los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de indefensión...*”.

Por su parte, el TS, en su STS, Sala Primera, 386/2007, de 29 de marzo ha señalado que “*la ilicitud no ha de referirse a la prueba en sí, sino al modo en que la misma se consigue, y cuando se emplean medios ilícitos, como aquí ocurrió, la fuente de prueba no debe ser asumida en el proceso, por lo tanto no ha de ser tenida en cuenta*”.

<sup>40</sup> En este sentido, véase MIRANDA ESTRAMPES, M. *El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., J.M. Bosch, Barcelona, 2004, págs. 28-31 y 68-71; PASTOR BORGOÑÓN, B. “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1986, págs. 339-344; DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría General de la Prueba Judicial*, 5ª ed, Temis, Bogotá, 2002, págs. 264-265.

supuestos de ilicitud probatoria que se produzcan en los momentos de admisión y práctica de los medios de prueba<sup>41</sup>.

Vistas estas dos posturas, vemos como en función del punto de vista que se adopte, una misma infracción recibirá un tratamiento procesal u otro, en el sentido de aplicar la regla de la exclusión prevista en el art. 287 LEC (incidente de ilicitud probatoria) o, por el contrario, la regla de interdicción de la indefensión (nulidad de actuaciones, regulada en los arts. 225 y 227 LEC).

Por último, cabe señalar que, mientras en un primer momento predominó la interpretación estricta del art. 11.1 LOPJ, en la actualidad, la mayoría de autores parecen decantarse por la postura que defiende una interpretación más amplia de dicho precepto. La predominancia actual de esta postura parece encontrar su fundamento, principalmente, en la conveniencia de fomentar una protección más completa de los derechos fundamentales. Lo que vienen a decir estos autores es que, si la razón de ser de la regla de exclusión es la protección de los derechos fundamentales y la vulneración de los mismos a través de la actividad probatoria puede producirse tanto en un momento preprocesal como intraprocesal, debe aplicarse dicha regla en ambos casos. De este modo, se evitaría que la misma infracción de un mismo derecho fundamental recibiera un tratamiento distinto en función del momento procesal en que se produzca la ilicitud.

Dicho esto, se estudia a continuación los distintos medios de que disponen las partes para procurar la exclusión del proceso de aquellas pruebas que hayan de ser consideradas como ilícitas o prohibidas.

## **2. Tutela judicial en primera instancia: el incidente de ilicitud probatoria previsto en el artículo 287 LEC**

Conforme al art. 287 LEC, están legitimados para denunciar el origen ilícito de una prueba admitida en el proceso tanto las partes como el órgano jurisdiccional. Cuando sea alguna de las partes quien alegue la ilicitud, deberá hacerlo “*de inmediato*”; es decir, deberá hacerlo en el mismo momento en que adquiriera conocimiento de dicho origen ilícito. Sin embargo, dada la relevancia o gravedad de la actuación determinante

---

<sup>41</sup> Por ejemplo, esto podría suceder cuando un testigo, mientras está siendo interrogado, incumple el deber de guardar el secreto profesional y, consecuentemente, vulnera el derecho a la intimidad de una de las partes. Para ver este y más ejemplos, véase MADRID BOQUÍN, C. M. *La prueba ilícita en el proceso civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 120.

de la prueba ilícita (violación de un derecho fundamental), el legislador también ha previsto la posibilidad de que sea el juez quien alegue la ilicitud de las pruebas.

En relación con este último extremo, existen diferentes posiciones en la doctrina española sobre si la iniciativa del juez incluye solo la posibilidad de denunciar el origen ilícito o, si por el contrario, la actuación del órgano jurisdiccional también implica aportar pruebas para tratar de demostrar dicha ilicitud<sup>42</sup>.

En cualquier caso, sobre lo que no existe ningún tipo de duda es que los únicos que están legitimados para iniciar el incidente contradictorio de ilicitud probatoria previsto en el art. 287 LEC son las partes y el juez. Consecuentemente, no podrá ser una tercera persona ajena al proceso quien inste la sustanciación de dicho trámite. Ello no quiere decir que una prueba no pueda ser ilícita por vulnerar los derechos fundamentales de una tercera persona. Sin embargo, en dicho caso deberán ser los litigantes o el órgano jurisdiccional quienes denuncien el origen ilícito del material probatorio para que se pueda procurar su exclusión<sup>43</sup>.

Dicho esto, cabe señalar, en primer lugar, que no se puede suscitar el incidente de ilicitud probatoria antes de que el órgano judicial haya admitido la prueba, ya sea en la fase de audiencia previa, durante el periodo de tiempo que haya entre esta fase y el juicio o, en su caso, cuando se dé comienzo al juicio antes de que se practique la prueba<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Para algunos autores, el órgano judicial debe limitarse a comunicar a las partes el origen ilícito del medio de prueba de que se trate, no pudiendo aportar pruebas al respecto. Otro sector de la doctrina entiende que cuando el incidente de ilicitud probatoria se haya suscitado de oficio por el propio tribunal, el juez podrá proponer pruebas. Defensores de la primera postura son MEDINA CEPERO, J. R. “La ilicitud de la prueba en el proceso civil”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7, 2002, pág. 197; ASENSIO MELLADO, J. M. “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, en GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso Civil Práctico*, 4ª ed., La Ley, Madrid, 2010, pág. 123; MARTÍN OSTOS, J. “Artículo 287”, en LORCA NAVARRETE, A.M. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 1777. Por su parte, dentro del segundo grupo podemos mencionar a los siguientes autores: VAREA ORBEA, J. “El control judicial de la prueba ilícita en el proceso civil español”, en ABEL LLUCH, X. Y PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *Objeto y carga de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 407; ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 359; PICÓ I JUNOY, J. “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2005, pág. 93.

<sup>43</sup> Para una persona que no tenga ningún tipo de implicación en un proceso, la eficacia procesal que pueda tener en el mismo una prueba que se haya obtenido violentando alguno de sus derechos fundamentales no le debería suponer, en principio, ningún tipo de repercusión. De este modo, si esta persona quisiera alegar la vulneración del derecho del que se le ha privado, debería hacerlo a través de un procedimiento independiente (art. 249.1.2º LEC) que le permita reclamar la correspondiente responsabilidad civil, administrativa o penal a quien hubiera sido el causante de dicha infracción.

<sup>44</sup> Ello se deduce, en primer lugar, por la referencia que el art. 287 LEC hace a la “prueba admitida” en su primer apartado, de tal modo que la denuncia se realiza respecto de la ilicitud de un

Cosa distinta es el momento procesal en que el órgano jurisdiccional debe resolver sobre el incidente de ilicitud probatoria. A este respecto, el mismo art. 287 LEC establece que *“se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba”*. En el mismo sentido, el art. 433.1 LEC establece que *“el juicio comenzará practicándose, (...) las pruebas admitidas, pero si se hubiera suscitado o se suscitare la vulneración de derechos fundamentales en la obtención u origen de alguna prueba, se resolverá primero sobre esta cuestión”*.

La sustanciación del incidente previsto en el art. 287 LEC requiere que, ya sea alguna de las partes o el mismo órgano jurisdiccional, aleguen la ilicitud de alguno de los medios de prueba que se hayan propuesto. Para ello, será necesario señalar de manera concreta y precisa cual es la prueba o pruebas que se entienden ilícitas, así como expresar los argumentos por los que se considera que en la obtención de estas fuentes de prueba se ha vulnerado algún derecho fundamental.

Dicha ilicitud probatoria se puede denunciar tanto de manera oral como por escrito, en función del momento procesal en que tenga lugar. Así, se alegará la ilicitud probatoria oralmente cuando se haga en la fase de audiencia previa, cuando se haga durante la vista del juicio verbal, o cuando se impugne la ilicitud de la prueba en el juicio oral. Sin embargo, habrá que impugnar por escrito la sospecha de que una prueba es ilícita cuando se haga después de haberse celebrado la fase de audiencia previa, en cuyo caso, será necesario dar traslado a las demás partes<sup>45</sup>.

A continuación, con base en el carácter contradictorio de este incidente, se concede a las partes la posibilidad de proponer pruebas a fin de demostrar lo que convenga a sus intereses, ya sea el origen lícito o ilícito de la prueba de que se trate. Estas pruebas se propondrán *“en el acto”*, y sólo se practicarán aquellas que sean consideradas pertinentes y útiles que permitan al órgano jurisdiccional pronunciarse *“sobre el concreto extremo de la referida ilicitud”*.

---

medio de prueba que, tras haber sido propuesto por alguna de las partes, ya ha sido admitido por el órgano jurisdiccional. A mayor abundamiento, el segundo apartado del mismo precepto establece que la ilicitud *“se resolverá (...) antes de que dé comienzo la práctica de la prueba”*; de este modo, no se podrá suscitar el incidente una vez se haya iniciado la práctica de los medios de prueba.

<sup>45</sup> En este sentido, el art. 287 LEC dice que la parte que entienda 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”*. Por tanto, la impugnación por escrito y el traslado a las demás partes sólo deben realizarse cuando sea procedente, lo cual no ocurre en todos los casos.

En este momento, resulta conveniente aclarar que las partes no están obligadas a proponer medios de prueba en este incidente; es decir, la proposición y práctica de medios de prueba en el incidente de ilicitud probatoria no es imperativa, sino facultativa. Esta conclusión se obtiene del mismo art. 287.1 LEC, cuando en su segundo párrafo dice que *“a tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan...”*. De este modo, cuando las partes propongan prueba para acreditar o desvirtuar la vulneración de un derecho fundamental en el origen del medio de prueba de que se trate, y ésta sea admitida por el órgano jurisdiccional, se deberá dar a las partes la posibilidad de que defiendan sus pretensiones realizando las alegaciones que estimen oportunas, respetando en todo caso las exigencias derivadas de los principios de contradicción e igualdad. No obstante, también podría darse el caso de que se sustancie el incidente sin la práctica de ningún medio de prueba.

Una vez practicadas las alegaciones y las pruebas admitidas (si las hubiere), el juez se pronunciará sobre la ilicitud del medio de prueba impugnado mediante una resolución oral. Como ya hemos visto, el órgano judicial deberá pronunciarse sobre esta cuestión *“en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba”* (art. 287.1 LEC).

El fallo del juez sobre la ilicitud de la prueba deberá pronunciarse en uno de los dos sentidos posibles. Así, puede suceder que el tribunal estime la ilicitud planteada por alguna de las partes, lo que supondrá la exclusión de la prueba del proceso. Pero también puede ocurrir que el órgano judicial considere que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental en la obtención u origen de la prueba impugnada. En este caso, la prueba será considerada lícita, no se excluirá del procedimiento y, por tanto, podrá ser practicada y tenida en cuenta para fundamentar la sentencia que resuelva sobre el litigio principal.

Contra el auto que resuelva el incidente de ilicitud probatoria, la parte que se haya visto perjudicada por su contenido podrá interponer, durante el acto del juicio o la vista, recurso de reposición, debiendo apuntar el error en que incurra esta resolución. Este recurso de reposición se resuelve mediante auto, que también se pronuncia oralmente. Resuelto el recurso de reposición, no cabe interponer ningún otro recurso, si bien la parte perjudicada, conforme al segundo apartado del art. 287 LEC, podrá

*“reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva”.*

Sin embargo, en caso de que las partes no interpongan recurso de reposición contra el auto que resuelva la ilicitud probatoria, este deviene firme en el mismo acto (art. 210.2 LEC).

### **3. Tutela judicial en segunda instancia: el recurso de apelación**

Tal y como se ha expuesto en el apartado anterior, el auto que dicte el órgano judicial para pronunciarse sobre el origen lícito o ilícito del medio de prueba impugnado podrá ser recurrido en reposición. Precisamente, es este primer recurso lo que habilita a las partes para reproducir la impugnación de la ilicitud de la prueba mediante la interposición de un recurso de apelación contra la sentencia definitiva (art. 287.2 LEC)<sup>46</sup>.

Mediante este recurso de apelación se alega la infracción de normas o garantías procesales en primera instancia (es decir, en la sustanciación del incidente de ilicitud probatoria). Por lo tanto, para que prospere este recurso, será necesario que la parte interesada indique de manera concreta y precisa cual es el precepto que se considera vulnerado y que lo justifique. Junto a ello, el recurrente deberá acreditar que, habiendo tenido la oportunidad para ello, denunció en el trámite procesal oportuno la infracción cometida en primera instancia.

La parte perjudicada por la resolución de la ilicitud probatoria en primera instancia podrá interponer recurso de apelación independientemente del sentido en que se hubiere pronunciado el auto resolutorio; es decir, se podrá recurrir en apelación tanto si la prueba impugnada fue excluida por considerarse ilícita, como si se practicó y

---

<sup>46</sup> Es más, para poder impugnar en apelación la prueba que se considera ilícita, es requisito imprescindible que la parte interesada acredite haber interpuesto previamente el recurso de reposición en aquellos casos en los que se hubiere tramitado en primera instancia el incidente de ilicitud probatoria. A este respecto, señala la SAP de Málaga (Sección 5ª), 197/2017, de 17 de abril lo siguiente: *“la parte demandante debió previamente interponer recurso de reposición contra la decisión judicial que se adoptó en el acto inicial del juicio dando por pertinente la prueba documental aportada por la aseguradora demandada, lo que no hizo, constituyéndose dicho comportamiento procesal en óbice de poderse discutir en segunda instancia acerca de la procedente o no aportación de la documental presentada”.*

valoró dicha prueba para dictar sentencia como consecuencia de haberse desestimado el incidente de ilicitud probatoria<sup>47</sup>.

De este modo, cuando la prueba impugnada en primera instancia hubiere sido apartada del proceso por considerarse ilícita, la parte que la hubiere propuesto solicitará que la misma sea practicada y valorada en segunda instancia a través de la interposición del recurso de apelación<sup>48</sup>. Por su parte, cuando el medio de prueba impugnado en primera instancia hubiese sido practicado y tenido en cuenta para dictar sentencia por haber sido considerado lícito en su origen, la parte que lo hubiere impugnado podrá pedir, en segunda instancia, su exclusión.

En este momento, conviene remarcar la importancia que tiene el criterio de la “relevancia” de la prueba en esta segunda instancia. En base a dicho criterio, las Audiencias Provinciales estudian la sentencia impugnada en primera instancia para determinar el grado de influencia que en el fallo de la misma tuvo la prueba ilícita. En caso de entender que dicha prueba fue relevante para la decisión del fallo, el tribunal de apelación se pronunciará sobre el fondo de la cuestión de ilicitud. Sin embargo, cuando las Audiencias Provinciales entiendan que el fallo de la sentencia dictada en primera instancia se apoyó en otras pruebas (es decir, no otorgando ninguna relevancia a la prueba impugnada), no se pronunciaran sobre la ilicitud<sup>49</sup>.

Por último, se puede decir que, en todo caso, lo que se persigue con el recurso de apelación en materia de ilicitud probatoria es que se revoque la sentencia dictada en primera instancia para que se dicte una nueva que resulte favorable a los intereses de la parte recurrente. Con tal fin, el tribunal de apelación deberá revisar las actuaciones practicadas en primera instancia, la valoración de la prueba y la fundamentación de la

---

<sup>47</sup> En este sentido, BELLIDO PENADÉS dice: “*En el recurso de apelación podrá alegarse sobre la licitud de la prueba tanto si por considerarse ilícita no llegó a practicarse, como si se practicó por considerarse lícita y ello, tanto si llegó a valorarse en la sentencia por considerarse lícita, como si no llegó a valorarse por lo contrario. Y en el caso de que no hubiera llegado a practicarse por considerarla ilícita, estimo que podría proponerse de nuevo su práctica (...). Mientras que en el caso en que la prueba hubiera llegado a practicarse, mas no fuera finalmente valorada por considerarla ilícita, podrá solicitarse en apelación la revisión del juicio sobre la ilicitud, así como la valoración del material probatorio obrante en los autos, incluido el relativo a la prueba cuya ilicitud se discute*”. Véase BELLIDO PENADÉS, R. “La prueba ilícita y su control en el proceso civil”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, pág. 106.

<sup>48</sup> En este sentido, véanse los apartados 1 y 2 del art. 460.2 LEC.

<sup>49</sup> Entre otras sentencias, véanse las siguientes: SAP de Madrid (Sección 14ª), 23/2013, de 21 de diciembre; SAP de Almería (Sección 1ª), 100/2006, de 5 de mayo; SAP de Barcelona (Sección 18ª), 192/2009, de 31 de marzo.

sentencia impugnada, así como tener en cuenta la práctica o la exclusión de la prueba que se hubiere podido producir en este trámite de apelación.

En este sentido, señalar que cuando la infracción procesal alegada en apelación hubiere tenido lugar en el momento de dictar sentencia, la solicitud del recurrente estará destinada a que la sentencia dictada en primera instancia se revoque y el tribunal “*ad quem*” se pronuncie sobre el objeto del litigio planteado en primer lugar (art. 465.3 LEC). Sin embargo, cuando la infracción se hubiere cometido en un momento procesal anterior al de dictar sentencia y, fruto de ello, se incurriere en un supuesto de nulidad de actuaciones, se acordará dicha nulidad; además, las actuaciones serán repuestas al estado en que se encontraren en el momento de cometerse la infracción causante de la referida nulidad (art. 465.4 LEC). No obstante, cuando el vicio o defecto procesal de que se trate pudiere ser subsanado en la segunda instancia, no se declarará la nulidad de actuaciones<sup>50</sup>.

#### **4. Tutela judicial extraordinaria**

Se dedica este apartado a estudiar la posibilidad de interponer recursos extraordinarios en materia de ilicitud probatoria. Así, en un primer subapartado se analiza, a través de distintas sentencias y acuerdos del TS, el tratamiento procesal que se ha venido dando a cuestiones relacionadas con la prueba ilícita mediante los recursos extraordinarios previstos en la LEC: el recurso de casación (arts. 477 a 489 LEC) y el recurso extraordinario por infracción procesal (arts. 468 a 476 LEC).

Antes de entrar en profundidad sobre esta materia, cabe señalar que, al igual que ocurre con el recurso de apelación, mediante la interposición de estos dos recursos extraordinarios se pretende que sea excluida del proceso aquella prueba que se considera ilícita y que no fue expulsada anteriormente; o bien, en el caso opuesto, que sea objeto de valoración aquella prueba que fue excluida por considerarse ilícita aunque en realidad no lo fuera. Independientemente del caso de que se trate, será requisito imprescindible acreditar que la prueba cuya exclusión o valoración se solicita es relevante para la resolución del litigio.

---

<sup>50</sup> En relación con esto último, matizar que esta subsanación no se aplica a las actuaciones vulneradoras de los derechos fundamentales que son causa de la ilicitud probatoria (en este sentido, ya se ha dicho que la prueba ilícita es insubsanable), sino a las actuaciones procesales realizadas en la primera instancia relativas a la impugnación de la prueba ilícita.



Por último, señalar que, en un segundo lugar, también se estudiará la posibilidad de interponer el incidente excepcional de nulidad de actuaciones en materia de ilicitud probatoria.

#### *4.1. El recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal en materia de ilicitud probatoria*

Como ya he indicado anteriormente, la primera cuestión que quiero tratar en este subapartado es la procedencia de interponer los recursos extraordinarios previstos en la LEC en relación con cuestiones de prueba ilícita.

A este respecto, tiene señalado el TS que “*como criterio general, no se admitirá la revisión de cuestiones relativas a la prueba en ningún caso mediante el recurso de casación y sólo excepcionalmente a través del recurso extraordinario por infracción procesal...*”<sup>51</sup>. Por lo tanto, el medio de impugnación extraordinario que se ha venido utilizando en la práctica para solicitar la corrección de cuestiones relacionadas con la ilicitud de la prueba en segunda instancia es el recurso extraordinario por infracción procesal, no el recurso de casación.

Cuando una de las partes interpone el recurso extraordinario por infracción procesal en materia de ilicitud probatoria, lo que persigue con ello es que el órgano judicial competente anule la resolución recurrida que le es desfavorable. Y en caso de que el tribunal anule la resolución de que se trate, se repondrán las actuaciones al estado y momento en que se hubiere incurrido en la infracción o vulneración denunciada (art. 476.2 LEC). En este sentido, señala el art. 469 LEC que el recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos:

- Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.
- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.
- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.

---

<sup>51</sup> Así se hace constar en el Acuerdo de la Sala Primera del TS sobre las “Alegaciones como motivo de los recursos extraordinarios. Cuestiones relativas a la integración del *factum*”, acuerdo que se adoptó en la Junta General de fecha de 4 de abril de 2006.

- Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE.

Así, se puede ver como cuando se interpone este recurso en relación con cuestiones de prueba ilícita, sólo podrá alegarse como motivo que justifica la interposición del mismo alguno de los tres últimos que se han expuesto anteriormente. Se procede a continuación a analizar cada uno de ellos.

El primero de los motivos aludidos es el que se refiere a la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2º LEC). En estos casos, la ilicitud de la prueba podría estar relacionada con el incumplimiento de las normas relativas a la carga de la prueba (art. 217 LEC), o, por ejemplo, las que se refieren a la exhaustividad, congruencia y motivación de la sentencia (art. 218 LEC)<sup>52</sup>. En cualquier caso, para que pueda estimarse el recurso extraordinario por infracción procesal cuando se alegue alguna de estas circunstancias, la parte interesada (es decir, la que interpuso el recurso) deberá acreditar que la irregularidad de la que adolece la sentencia guarda algún tipo de relación con la prueba ilícita.

Por su parte, el motivo previsto en el art. 469.1.3º LEC se refiere a la infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, cuando dicha infracción determinare la nulidad de las actuaciones conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión. Por lo tanto, en materia de ilicitud probatoria, la parte que alegue este motivo deberá acreditar que alguna de las dos situaciones contempladas en dicho precepto es consecuencia de haber valorado o excluido del proceso una prueba ilícita<sup>53</sup>.

Junto a ello, el TS ha venido exigiendo un requisito adicional, consistente en que la referida indefensión sea relevante y se pueda atribuir al órgano jurisdiccional<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> A este respecto, el Acuerdo de la Sala Primera del TS sobre “criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017”, estableció que cuando se alegase como motivo de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal la infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, dicho motivo únicamente podría fundarse en la infracción de los arts. 209 y 214 a 222 LEC. Además, señaló que “cuando se alegue infracción del art. 217 LEC, será imprescindible que la sentencia recurrida haya aplicado las normas de atribución de la carga de la prueba previstas en dicho precepto”.

<sup>53</sup> En este sentido, el Acuerdo de la Sala Primera del TS de fecha 27 de enero de 2017 anteriormente citado, dispone: “Deberá justificarse cumplidamente que la infracción ha sido esencial y determina la nulidad (art. 225 LEC) y en qué ha consistido la indefensión, puesto que no cualquier vicio o error de procedimiento provoca dicha consecuencia (art. 225.3º LEC)”.

<sup>54</sup> A modo de ejemplo, podemos citar la STS, Sala Primera, 659/2010, de 28 de octubre, que dice: “Reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (...) declara que sólo es constitucionalmente

El último de los motivos que pueden justificar la interposición de un recurso extraordinario por infracción procesal en materia de prueba ilícita es el que se refiere a la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE (art. 469.1.4º LEC). En estos casos, el recurrente deberá señalar cuáles son las garantías del art. 24 CE que se han visto afectadas, así como el motivo de dicha infracción<sup>55</sup>.

En este punto, conviene mencionar que el TS ha establecido que este motivo del recurso no puede invocarse con el fin de que el órgano judicial revise los hechos que han servido para dictar el fallo de la sentencia; es decir, no se puede tratar el recurso extraordinario por infracción procesal como una tercera instancia. Ello sólo será posible cuando el órgano judicial haya incurrido en un error patente a la hora de valorar la prueba, o cuando la interpretación llevada a cabo por el tribunal se pueda calificar de ilógica o irrazonable<sup>56</sup>.

---

*relevante la indefensión imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, quedando excluida del ámbito protector del artículo 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (SSTC 5/2004, de 16 de enero y 160/2009, de 29 junio). El motivo previsto en el artículo 469.1.3º LEC, que es en el que tiene su encaje la infracción planteada por el recurrente, exige que la infracción denunciada determine la nulidad conforme a la Ley o produzca indefensión a la parte. La alegación de indefensión exige que se acredite por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante (por todas STC 157/2000, de 12 de junio); cosa que se traduce en la necesidad de demostrar la influencia de la irregularidad procesal alegada en la decisiva en la resolución del pleito (STC 70/2002, de 3 de abril), al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (STC 116/1983, de 7 de diciembre)”.*

<sup>55</sup> Conforme al Acuerdo de la Sala Primera del TS, de 27 de enero de 2017: “Deberá justificarse: (i) en qué consiste la lesión del derecho fundamental; (ii) que se han agotado los remedios procesales para evitar dicha lesión; (iii) que se ha denunciado oportunamente la vulneración del derecho fundamental en cuanto hubo ocasión procesal para ello”.

<sup>56</sup> En este sentido, el Acuerdo de la Sala Primera del TS, de 27 de enero de 2017 señala lo siguiente: “La valoración de la prueba no puede ser materia de los recursos extraordinarios. Solo el error patente puede alegarse como motivo del recurso, con los siguientes requisitos: (i) debe tratarse de un error fáctico -material o de hecho-; (ii) debe ser patente, evidente e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales; (iii) no podrán acumularse en un mismo motivo errores patentes relativos a diferentes pruebas; (iv) es incompatible la alegación del error patente en la valoración de la prueba con la vulneración de las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LEC sobre un mismo hecho”.

A modo de ejemplo, se puede citar, entre otras, la STS, Sala Primera, 839/2009, de 29 de diciembre, que dice: “El artículo 469 de aquella ley enumera como *numerus clausus* los motivos en que puede fundarse el recurso por infracción procesal y ninguno de ellos se refiere a la valoración de la prueba; sólo en caso excepcional en que se diera una clara y hasta grosera desviación del resultado probatorio podría pensarse en vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, que contempla el número cuatro de dicho artículo; pero nunca, como se pretende en este motivo, puede llevarse a este recurso el valorar de nuevo la prueba y tampoco nunca cabe mezclar el concepto de motivación de las sentencias con la valoración de la prueba practicada en la instancia ». No cabe a través del recurso extraordinario pretender una revisión general de lo resuelto mediante una nueva valoración del material probatorio, porque, caso de permitirse la denuncia de infracciones de esta índole, se convertiría el

Por último, es muy importante señalar que, conforme al art. 469.2 LEC, “(...) si la violación del derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas”. De este modo, aunque el TS considere que verdaderamente se ha producido la vulneración de un derecho fundamental a través de la prueba impugnada por el recurrente, no se permitirá alegar dicha circunstancia en el recurso extraordinario por infracción procesal si la parte interesada no impugnó la ilicitud de la prueba en las instancias anteriores<sup>57</sup>.

#### 4.2. El incidente excepcional de nulidad de actuaciones

A través del incidente excepcional de nulidad de actuaciones (arts. 228 LEC y 241 LOPJ), la parte interesada puede solicitar que se declare la nulidad de una resolución firme con base en la vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales previstos en el art. 53.2 CE. Para ello, es necesario que dicha infracción no se hubiere podido denunciar antes de recaer la resolución que pone fin al proceso, así como que contra la misma no se pueda interponer ningún recurso, ya sea ordinario o extraordinario.

Dicho esto, en primer lugar, cabe destacar el carácter subsidiario y excepcional de este incidente. En este sentido, el propio legislador ha dispuesto que “no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones” (arts. 228.1 LEC y 241.1 LOPJ). Esto se debe a que, en la práctica, lo más habitual será que antes de denunciar la nulidad del acto de que se trate a través del presente incidente, se interponga el recurso correspondiente (como, por ejemplo, los recursos de reposición y apelación ya vistos).

También es muy interesante señalar que este mecanismo procesal, en materia de ilicitud probatoria, presenta un escenario completamente distinto al que se ha visto con

---

*recurso de casación en una tercera instancia contrariando la función y naturaleza del mismo. Así lo viene reiterando la jurisprudencia de esta Sala de modo pacífico, pudiendo citarse al respecto las sentencias de 21 ( RJ 2008, 6739) y 22 de septiembre y 27 de octubre de 2005; 16 ( RJ 2006, 80559 y 21 de noviembre y 29 de diciembre de 2006, 23 de noviembre de 2007 ( RJ 2007, 8516) y 10 de diciembre de 2008 ( RJ 2008, 6979) ”.*

<sup>57</sup> A este respecto, el TS ha señalado en su STS, Sala Primera, 659/2010, de 28 de octubre: “El artículo 469.2 LEC establece un presupuesto para la viabilidad del recurso que exige que la actuación de la parte haya sido diligente en las instancias, reaccionando frente a las infracciones procesales padecidas o frente a la vulneración del artículo 24 CE en que hayan podido incurrir los órganos de instancia. La observancia de este requisito requiere que la denuncia en las instancias sea la adecuada, por lo que debe ajustarse a las normas que sean de aplicación a la cuestión procesal concreta que se suscite. Es decir, ha de ser temporánea y ha de respetar el sistema de recursos establecidos por la Ley”.

Un claro ejemplo de ello se puede ver, por ejemplo, en la STS, Sala Primera, 278/2011, de 28 de abril.

los recursos anteriormente explicados. Y es que, a través de la interposición de dichos recursos, las partes denuncian vulneraciones de derechos fundamentales que se producen a lo largo del proceso pero que, sin embargo, siguen siendo reclamadas en las instancias posteriores (tanto a través del recurso de apelación como del recurso extraordinario por infracción procesal). Dicho de otro modo, la parte cuyos derechos fundamentales se ven afectados pide al órgano judicial, mediante los distintos recursos que tiene a su disposición, la tutela de los mismos para que se dicte una resolución que estime sus pretensiones y reponga las actuaciones al estado en que se encontraban antes de producirse la vulneración denunciada, o bien para que la sentencia recurrida sea corregida. Sin embargo, con el incidente excepcional de nulidad de actuaciones se denuncian aquellas actuaciones vulneradoras de derechos fundamentales que no pudieron denunciarse antes de que la sentencia adquiriese firmeza. En estos casos, dicho extremo deberá ser probado por la parte que hubiere interpuesto el incidente.

Por último, conviene señalar el significativo cambio que experimentó este incidente hace casi una década. En un primer momento, a través de la reforma llevada a cabo por la LO 6/2007, de 24 de mayo, se configuró como requisito imprescindible para poder acceder al recurso de amparo constitucional (que se analiza en el apartado siguiente) la previa interposición del incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Sin embargo, a finales del año 2013, el TC, a través de su STC 216/2013, de 19 de diciembre estableció que ya no sería necesario interponer, en todo caso, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones para poder acceder posteriormente al recurso de amparo. De manera más específica, la referida sentencia señaló que ello sólo sería necesario *“cuando la ‘vulneración’ [...] del derecho fundamental cuya protección se impetra en amparo por la parte recurrente (no otro derecho, ni por otra persona), tiene lugar en virtud de la última resolución que cierra la vía judicial y no antes”*.

De este modo, cuando la lesión del derecho fundamental haya tenido lugar en un momento anterior al de la sentencia definitiva y esta cuestión se haya estudiado y resuelto en las instancias previas, no será requisito imprescindible para acceder al recurso de amparo constitucional la previa interposición del incidente excepcional de nulidad de actuaciones<sup>58</sup>. Por el contrario, si es en la misma sentencia que adquiere

---

<sup>58</sup> En este sentido, la misma STC 216/2013, de 19 de diciembre señala que: *“En atención a todo lo anterior, dado que en este caso el carácter subsidiario del amparo ha quedado sobradamente garantizado —el asunto pasó por tres instancias judiciales, en cada una de las cuales hubo ocasión de*

firmeza cuando se produce la vulneración del derecho fundamental, será necesario para poder recurrir en amparo la previa interposición del incidente excepcional de nulidad, siempre y cuando la referida vulneración no se hubiere podido denunciar anteriormente a lo largo del proceso.

## **5. Tutela constitucional: el recurso de amparo**

Como ya se ha expuesto reiteradamente en este trabajo, se entiende por prueba ilícita aquella para la cual en su obtención se llevaron a cabo determinadas actividades o comportamientos que produjeron la vulneración de derechos fundamentales. Precisamente, para la tutela de este tipo de derechos, el art. 53.2 CE prevé el recurso de amparo (arts. 41 a 58 LOTC), a través del cual se pretende restablecer o preservar aquellos derechos fundamentales que se puedan haber visto vulnerados<sup>59</sup>.

Una característica importante del recurso de amparo es que, conforme al art. 41 LOTC, sólo cabe interponer la demanda de amparo cuando la actuación vulneradora de un derecho o libertad fundamental provenga de un poder público. Por lo tanto, en materia de ilicitud probatoria, no se podrá interponer este recurso si fue un particular el que, en el desempeño de la labor de obtención de evidencias, lesionó los derechos fundamentales de otra persona<sup>60</sup>.

En relación con ello, cabe recalcar que, por definición, cuando nos encontramos ante un supuesto de prueba ilícita, se pueden ver afectados los derechos fundamentales en dos sentidos distintos:

---

*examinar las alegadas lesiones de derechos fundamentales y se decidió en consecuencia— no cabe sino concluir que el recurrente no estaba obligado a promover, además, el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 LOPJ (RCL 1985, 1575, 2635) frente a la Sentencia de casación impugnada (...). Así lo hemos entendido en otras ocasiones en las cuales, aun cuando el incidente de nulidad pudiera ser formalmente procedente, resultaba materialmente inútil porque comportaba pedirle al órgano judicial que se retractase sobre lo que ya había resuelto en varias resoluciones previas ( STC 182/2011, de 21 de noviembre [RTC 2011, 182] , FJ 2)".*

<sup>59</sup> En este sentido, el mismo art. 53.2 CE señala que este recurso está dirigido a recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo segundo de la CE.

<sup>60</sup> En este tipo de casos, solo se podría interponer un recurso de amparo para impugnar las actuaciones posteriores que hubieren llevado a cabo los órganos jurisdiccionales en su condición de poderes públicos, consintiendo la utilización de una prueba ilícita en el juicio. A este respecto, señalan MONTERO AROCA, J. Y FLORS MATÍES, J. *Tratado de recursos en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 1235, que “*para lograr que la violación de un derecho fundamental por un particular llegue al proceso de amparo constitucional el Tribunal de esta denominación ha tenido que desvirtuar el sentido del art. 44 de su propia Ley Orgánica, y lo ha hecho para sostener que en estos casos la violación del derecho fundamental que se lleva al Tribunal Constitucional no es la producida por el particular, sino la producida por el tribunal ordinario en la sentencia en que no ampara al demandante de amparo judicial*”.

- Por un lado, se produce la vulneración de los derechos fundamentales “sustantivos”, circunstancia que se configura como la causa de la obtención de la prueba ilícita. Bajo esta denominación nos referimos a derechos como el derecho a la protección de los datos personales, a la intimidad familiar, al secreto de las comunicaciones, etc...
- Por otro lado, como consecuencia de la utilización de una prueba ilícita en el proceso, también se ven vulnerados los derechos fundamentales “procesales”, tales como el derecho al proceso con todas las garantías, a la defensa, a la prueba, a la igualdad procesal, etc...

De este modo, la vulneración de los derechos fundamentales sustantivos puede ser causada por la actuación de un particular. Sin embargo, la afeción de los derechos fundamentales procesales sólo puede ser causada por el órgano judicial que admita y valore en el proceso la prueba ilícita. Así, la ilicitud probatoria sólo podrá ser recurrida en amparo cuando el recurso pretenda impugnar la actuación vulneradora de derechos fundamentales llevada a cabo por el ente público, no por el particular.

Pasando a analizar los requisitos que exige la LOTC para la demanda de amparo, en primer lugar, señala el art. 49.1 LOTC que en la misma se deberán exponer, “*con claridad y concisión*”, los hechos causantes de la infracción alegada, debiendo además concretar “*los preceptos constitucionales que se estimen infringidos*”. Junto a ello, exige el mismo precepto justificar la especial trascendencia constitucional del recurso.

Además, cuando las violaciones de los derechos y libertades fundamentales tuvieren su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, el art. 44 LOTC exige unos requisitos adicionales:

- Haber agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.  
De este modo, se deberá haber interpuesto, según lo que proceda en cada caso concreto, los recursos de reposición, apelación, el recurso extraordinario por infracción procesal e incluso el incidente excepcional de nulidad de actuaciones.
- Que la violación del derecho o libertad sea imputable, de manera inmediata y directa, a una acción u omisión del órgano judicial, independientemente de los hechos que dieron lugar al proceso en que

aquellas se produjeron, sobre los que, en ningún caso, entrará a conocer el TC.

Es decir, el TC solo se pronunciará acerca de la violación del derecho fundamental impugnada, sin que ello conlleve, en ningún caso, una nueva valoración de la prueba ni conocer los hechos de los que dimana el litigio<sup>61</sup>.

- Haber denunciado formalmente en el proceso, si hubiere habido oportunidad para ello, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiere lugar para ello.
- El plazo para interponer el recurso será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

Por último, cabe apuntar que, cuando el derecho fundamental que se entienda vulnerado y se impugne a través del recurso de amparo sea el derecho a la prueba, deberá acreditarse el cumplimiento de, además de los requisitos previstos en los arts. 44 y 49 LOTC, otras exigencias que han sido precisadas por la jurisprudencia del TC; concretamente, se exige que a la parte recurrente se le haya causado indefensión. No obstante, la jurisprudencia también ha matizado que *“no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante”*<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Lo que se pretende con ello es preservar el carácter supletorio del recurso de amparo, que no puede operar como una tercera instancia.

<sup>62</sup> Así lo dice la STC 133/2003, de 30 de junio.

En cuanto a la necesidad de acreditar la indefensión sufrida por el recurrente, la STC 133/2003, de 30 de junio, indica lo siguiente: *“En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental, ha exigido reiteradamente este Tribunal que concurren dos circunstancias: a) la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial, por haberse inadmitido, por ejemplo, pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 1/1996, de 15 de enero, F. 2, y 70/2002, de 3 de abril [ RTC 2022, 70], F. 5, por todas); y, b) la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida ( SSTC 217/1998, de 16 de noviembre [ RTC 1998, 217] , F. 2; 219/1998, de 27 de enero [ RTC 1998, 219] , F.3).*

*Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta, según nuestra jurisprudencia, también en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas, y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y práctica de la prueba objeto de la controversia habría podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso –comprobado que el fallo del proceso «a quo» pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado–, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional ( SSTC 1/1996, de 15 de enero [ RTC 1996, 1] , F. 3; 219/1998, de 27 de enero [ RTC 1998, 219] , F. 3; y 246/2000, de 16 de octubre [ RTC 2000, 246] , F. 3, por todas)”.*



## VI. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA

### 1. La sanción de ineficacia prevista en el artículo 11.1 LOPJ

Vamos a dedicar este apartado a explicar cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la ilicitud de un medio de prueba; es decir, qué es lo que sucede cuando se acredita la obtención de una prueba vulnerando un derecho fundamental.

La principal consecuencia que se deriva de la prueba ilícita es, con base en el art. 11.1 LOPJ, que la misma no surte efecto<sup>63</sup>. De este modo, si lo que se pretende con los medios de prueba es acreditar la existencia de un hecho controvertido para tratar de que el órgano judicial falle en sentido favorable a las pretensiones de cada parte, la sanción de ineficacia que recae sobre las pruebas ilícitas implica que las mismas no deberán ser admitidas ni practicadas en juicio. En consecuencia, deberá el tribunal fundamentar su sentencia sin tener en consideración los hechos que se hubieren podido demostrar con base en las pruebas que se declaren ilícitas.

En relación con ello, señalar que si bien lo más conveniente sería que la prueba ilícita fuera expulsada cuanto antes del proceso, la sanción de ineficacia es independiente de la fase del proceso en que se haya obtenido la prueba ilícita<sup>64</sup>. De este modo, si se constata la vulneración de un derecho fundamental al comienzo del proceso, la prueba obtenida de este modo deberá ser inadmitida (art. 283.3 LEC). Si la ilicitud de la prueba se conoce después de haber sido ésta incorporada al proceso, pero sin que se haya llegado a practicar dicha prueba, se excluirá a través del incidente previsto en el art. 287 LEC. Y por último, en caso de que el origen ilícito de la prueba se acredite después de su práctica, el órgano judicial debe prescindir totalmente de valorar dicha

---

<sup>63</sup> A modo de ejemplo, citar la STC 111/2011, de 2 de agosto, en la cual se dice: *“Tal como pone de relieve este Tribunal en su STC 69/2001, de 17 de marzo, ‘la interdicción de la prueba ilícitamente obtenida hace referencia exclusiva a la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho o libertad fundamental’. En efecto, desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, este Tribunal ha afirmado la prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales a través de una abundantísima serie de pronunciamientos que han declarado, en esencia, que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales...”*

<sup>64</sup> ASECIO MELLADO ofrece varias razones para justificar la exclusión de la prueba ilícita en cuanto se conozca el origen inconstitucional de la misma, tales como la posibilidad de que si la ilicitud probatoria se declara al final del proceso, puede suceder que todo lo actuado no sirva absolutamente para nada; si la prueba ilícita se practica ante el tribunal, a pesar de su ilicitud conocida, puede incidir en el convencimiento o percepción del juzgador; se da paso a que las partes actúen de mala fe y omitan la denuncia de la ilicitud, llegando incluso a proponer pruebas derivadas de la ilícita; etc... Para profundizar sobre el tema, véase ASECIO MELLADO, J. M. “Prueba ilícita: declaración y efectos”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 26, 2012, págs. 42-44.

prueba y dictar sentencia sin apreciar los resultados ofrecidos por la misma<sup>65</sup>. Por lo tanto, se puede decir, a modo de resumen, que la sanción de ineficacia de las pruebas prohibidas o ilícitas se puede obtener a través de la inadmisión de la prueba, la ausencia de su práctica o la ausencia de valoración de la misma.

De este modo, vemos como el núcleo de la sanción de ineficacia consiste en que la prueba ilícita no sea valorada por el tribunal, sin que para ello sea trascendente el momento en que se excluya la prueba (antes, durante o después del juicio). En definitiva, lo esencial es que aquella prueba que se haya obtenido violentando los derechos fundamentales no sea valorada por el órgano judicial y no sirva para motivar la sentencia.

Dicho esto, podemos destacar ahora algunas características sobre la ineficacia de las pruebas ilícitas para conocer mejor su alcance y efectos prácticos.

En primer lugar, cabe señalar que la sanción de ineficacia es plena, en el sentido de que la actuación vulneradora de un derecho fundamental por la cual se obtuvo la correspondiente evidencia que posteriormente se aporta al proceso no se puede subsanar ni convalidar. Esta es una diferencia que ya se había mencionado anteriormente en relación con las denominadas pruebas “ilegales” o “irregulares”, cuyo fundamento o razón de ser se encuentra en la relevancia de la infracción cometida<sup>66</sup>. Así, una vez declarada la ilicitud de un medio de prueba, este deberá excluirse del proceso, sin que pueda ser tenido en cuenta para fundamentar ningún hecho controvertido.

En relación con ello, es importante matizar que, si bien no cabe duda de la prohibición de valoración que recae sobre las pruebas declaradas ilícitas, ello no quiere decir que los hechos que se demostraban mediante dichos medios de prueba no sean ciertos o hayan dejado de existir. Por lo tanto, nada impide que esos hechos que quedaban acreditados con los respectivos medios de prueba ilícitos puedan ser

---

<sup>65</sup> En relación con esta última posibilidad, hay autores que se preocupan por el efecto psicológico que la prueba ilícita puede tener, aunque sea de manera inconsciente, sobre el juez. Así, si el juez llegó a conocer un medio de prueba, será muy difícil que pueda “expulsarlo” completamente de su memoria, de tal modo que su interpretación y valoración no se vea condicionada, aunque sea de manera indirecta, por la práctica de dicho medio de prueba. Con relación al efecto psicológico de la prueba ilícita, véase PICÓ I JUNOY, J. “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2005, págs. 84-89; MIRANDA ESTRAMPES, M. *El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., J.M. Bosch, Barcelona, 2004, págs. 109-113.

<sup>66</sup> Como ya sabemos, prueba ilícita es aquella que en su obtención vulnera un derecho fundamental, mientras que las pruebas ilegales o irregulares son aquellas que no atentan contra derechos de rango fundamental, sino contra las normas del ordenamiento jurídico en general.

demostrados y aportados al proceso, siempre y cuando para ello se sirvan las partes de otras pruebas válidas e independientes de aquella que ha sido excluida por ilícita<sup>67</sup>.

Decir también que la sanción de ineficacia no sólo afecta a la prueba ilícitamente obtenida, sino que la misma también se aplica a los medios de prueba derivados de la prueba prohibida<sup>68</sup>. Esta extensión de la sanción de ineficacia se deduce del propio art. 11.1 LOPJ, que establece que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o “*indirectamente*”, violentando los derechos o libertades fundamentales<sup>69</sup>.

Por último, es muy importante mencionar que la sanción de ineficacia no se aplica de forma automática, sino que, para ello, es necesario que el órgano judicial reconozca y declare la ilicitud de la prueba. De este modo, la ilicitud de una prueba, en primer lugar, ha de ser alegada por alguna de las partes o apreciada de oficio por el tribunal; y en segundo lugar, tras corroborar que para la obtención del medio de prueba de que se trate se vulneraron los derechos fundamentales de una persona, procederá el órgano judicial a excluirla del proceso. Por lo tanto, mientras no se declare expresamente la invalidez de la prueba ilícita, ésta seguirá dentro del entramado procesal y, consecuentemente, podrá ser valorada por el juez y tomada en cuenta a la hora de fundamentar la sentencia.

---

<sup>67</sup> En este sentido, señala GÁLVEZ MUÑOZ que “*la ineficacia de la prueba obtenida mediante la vulneración de derechos fundamentales no trasciende al plano fáctico, es decir, que los hechos conocidos no dejan de existir porque se declare inconstitucional la forma de conocerlos. Una cosa es que los hechos descubiertos no sirvan para sustentar una prueba válida y otra cosa distinta afirmar que tales hechos no existieron en la realidad o que son otros distintos*”. A modo de ejemplo, el autor cita la STC 161/1999, de 27 de septiembre, según la cual: “*La ilicitud constitucional del acto de investigación ejecutado en fase de instrucción tiene pues una consecuencia jurídica añadida: la exclusión probatoria cuyo alcance se detalla en dichas resoluciones, que son expresión de la doctrina señalada en las SSTC 114/1984, 81/1998 y 49/1999. Pero el reconocimiento de la lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria no tiene en sí mismo consecuencias fácticas, es decir, no permite afirmar que ‘no fue hallada la droga’ o que la misma ‘no existe, porque no está en autos’. Los hechos conocidos no dejan de existir como consecuencia de que sea ilícita la forma de llegar a conocerlos. Cuestión distinta es que esos hechos no puedan darse judicialmente por acreditados para fundar una condena penal sino mediante pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías*”. Para leer más, véase GÁLVEZ MUÑOZ, L. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de Derechos Fundamentales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 151-154.

<sup>68</sup> Un ejemplo de prueba derivada sería el siguiente: A través de una diligencia de entrada y registro, se obtienen en la sede de una empresa ciertos documentos que permiten vincular a terceras personas con el caso. Estas personas poseen información relevante para el enjuiciamiento del supuesto, por lo que se les cita para que comparezcan como testigos. Sin embargo, tras llevar a cabo los trámites oportunos, se constata que la referida diligencia de entrada y registro fue ilícita dado que la resolución judicial que la acordó no estaba suficientemente motivada. En este caso, la sanción de ineficacia no sólo se aplicará sobre la prueba ilícitamente obtenida (los documentos de la empresa), sino que también se aplicará a los demás medios de prueba obtenidos a través de la prueba ilícita en origen (las personas llamadas como testigos).

<sup>69</sup> No profundizamos ahora sobre la cuestión de la prueba ilícita derivada, ya que precisamente se dedica el subapartado siguiente a esta cuestión.

## 2. El efecto reflejo de la prueba ilícita: la doctrina de los frutos del árbol envenenado

Tal y como se ha adelantado anteriormente, la sanción de ineficacia prevista en el art. 11.1 LOPJ no solo se aplica a aquellas pruebas para cuya obtención se hayan vulnerado derechos o libertades fundamentales. Dicho precepto también prevé la obligación de excluir del proceso aquellas pruebas que, de manera indirecta, hayan violentado tales derechos.

En este sentido, cuando hablamos de pruebas “derivadas” o “reflejas”, nos referimos a aquellas pruebas que, en principio, tienen un origen lícito, pero que, sin embargo, derivan de una prueba anterior que se obtuvo mediante una actuación vulneradora de los derechos o libertades fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico español; es decir, se trata de aquellas evidencias que no se podrían haber obtenido de no haber sido por la previa obtención de otra prueba que cabe calificar como ilícita. Por lo tanto, es esa relación de causalidad entre la prueba ilícita original y la prueba derivada la que justifica que el vicio del que adolece la primera se prolongue, es decir, se extienda a aquellas otras pruebas que, si bien en su origen son lícitas, derivan de una prueba que cabe calificar como ilícita o prohibida<sup>70</sup>.

Esta prolongación o efecto expansivo de la sanción de ineficacia prevista en el art. 11.1 LOPJ se ha denominado como el “efecto reflejo de la prueba ilícita”, que ha dado lugar a la “doctrina de los frutos del árbol envenenado”<sup>71</sup>.

No obstante, cabe señalar que la doctrina de los frutos del árbol envenenado no se trata de una teoría de origen nacional, sino que la misma fue incorporada al sistema

---

<sup>70</sup> En este sentido, podemos destacar la STS, Sala Segunda, 1451/2003, de 26 de noviembre, que dice: “Como ha señalado esta Sala en las sentencias de 17 de febrero de 1999, núm. 290/1999, y 18 de julio de 2002, núm. 1203/2002, entre otras, la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo tiene como finalidad otorgar, en el ámbito de los procesos jurisdiccionales, el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados (...).”

*La prohibición abarca la prueba en cuya obtención se haya vulnerado directamente un derecho fundamental y también aquellas otras que, habiéndose obtenido legalmente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, pues así se deduce necesariamente de la propia expresión legal, al extender el art. 11.1º de la LOPJ la prohibición de valoración no sólo a las pruebas directamente obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales, sino también a las que procedan ‘indirectamente’ de dicha vulneración”.*

<sup>71</sup> Entre otros autores, véase MIRANDA ESTRAMPES, M. *El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., J.M. Bosch, Barcelona, 2004, págs. 113-117; DÍAZ CABIALE, J. A. Y MARTÍN MORALES, R. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 154-176; ASENCIO MELLADO, J. M. “Prueba ilícita: declaración y efectos”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 26, 2012, págs. 47-50.

jurídico español por la relevancia que había venido adquiriendo en el ámbito del Derecho comparado.

La concreta expresión de “fruto del árbol envenenado” (*fruit of the poisonous tree*) se acuñó por primera vez en la sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *Nardone v. United States*. Sin embargo, el efecto expansivo de la ineficacia de la prueba ilícita se desarrolló anteriormente en el caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*. En este supuesto, la Corte Suprema señaló: “La esencia de una provisión que prohíbe la obtención de pruebas en una cierta forma no es solamente que las pruebas así adquiridas no sean utilizadas ante un tribunal, sino que no sean utilizadas en absoluto”<sup>72</sup>.

Se aprecia en dicha resolución como la Corte Suprema dice expresamente que no se podrán usar “*en absoluto*” aquellas pruebas que se hayan obtenido vulnerando derechos fundamentales. Ello quiere decir que este tipo de pruebas no podrán ser valoradas de ninguna manera, es decir, ya sea de forma directa o indirecta.

En base a ello, se puede afirmar que el fundamento de la exclusión de las pruebas derivadas se encuentra, al igual que en el caso de las pruebas ilícitas originales, en la necesaria protección y el carácter constitucional de los derechos fundamentales. Y es que, si sólo se excluyera del proceso la primera prueba en cuya obtención se vulneró un derecho fundamental, permitiéndose, por el otro lado, la admisión y valoración del resto de pruebas que se hubieren obtenido a raíz de la primera prueba ilícita, se estaría permitiendo hacer una utilización indirecta de los resultados obtenidos con la primera prueba, cuyo origen es inconstitucional. Ello no sólo supondría una defectuosa tutela de los derechos fundamentales, sino que además podría llegar a incentivar a que las partes de un proceso llevaran a cabo actuaciones vulneradoras de derechos fundamentales para obtener las evidencias que pretenden presentar a lo largo del juicio. Si las partes supieran que la regla de exclusión se aplica a la prueba directa pero no a la indirecta, no tendrían ningún tipo de reparo en realizar este tipo de comportamientos, porque serían

---

<sup>72</sup> Continúa diciendo la sentencia dictada en el caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* que “*por supuesto que esto no significa que los hechos así conocidos sean sagrados o inaccesibles. Si el conocimiento de los mismos se logra a través de una fuente independiente entonces podrán ser probados como cualquier otro hecho, pero el conocimiento adquirido gracias a la vulneración provocada por el gobierno no podrá ser utilizado en la forma propuesta*”.

conscientes de que la información obtenida ilícitamente podría ser aportada y valorada en el proceso mediante pruebas secundarias o indirectas<sup>73</sup>.

De este modo, la exclusión de las pruebas derivadas se presenta como una consecuencia necesaria de la primera prueba ilícita en origen, ya que, de lo contrario, no se lograría una verdadera ineficacia de las pruebas ilícitas ni, por tanto, una efectiva protección de los derechos fundamentales.

## VII. LAS EXCEPCIONES A LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO

Fue a principios de los años 90 cuando el TS español comenzó a hacer referencia a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, la cual, como ya se ha expuesto anteriormente, tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana. Así, se empezó a aplicar en España una argumentación jurídica que permitiese diferenciar las pruebas autónomas e independientes de aquellas otras que se hubieren obtenido como consecuencia de la previa obtención de una prueba ilícita. Se pretendía con ello evitar que la prueba anticonstitucionalmente obtenida pudiese ser utilizada de manera indirecta mediante la valoración de otras pruebas derivadas<sup>74</sup>.

Sin embargo, no transcurrió mucho tiempo hasta que los tribunales españoles comenzaron a darse cuenta de que una aplicación rigurosa y estricta de la regla de

---

<sup>73</sup> A este respecto, la STS, Sala Segunda, 1451/2003, de 23 de noviembre dice: “*La justificación de este denominado ‘efecto dominó’ (SSTS de 15 de diciembre de 1994, 19 de junio de 1999, núm. 457/1999, 31 de enero de 2000, núm. 65/2000, 29 de diciembre de 2000, núm. 1850/2000, 18 de julio de 2002, núm. 1203/2002, entre otras), que derriba y arrastra toda la prueba derivada de la vulneración constitucional, se encuentra en que sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Cuando la prueba de cargo inicial ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria, y, como consecuencia de este ‘efecto dominó’, ello determina el decaimiento de todas las pruebas posteriores derivadas de ella (STS 6 de octubre de 1999, núm. 1380/1999). Como ya han señalado, entre otras, las sentencias de esta Sala núm. 448/97 de 4 de marzo, núm. 472/97, de 14 de abril, núm. 974/1997, de 4 de julio, núm. 290/1999, de 17 de febrero, núm. 369/1999 de 13 de marzo y núm. 1203/2002, de 18 de julio, prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, acabarían surtiendo efecto en el proceso”.*

<sup>74</sup> Si bien es difícil mencionar una sentencia concreta como la primera en la que se aplicó la doctrina de los frutos del árbol envenenado en España, varios autores han destacado la trascendencia que tuvo la STC 85/1994, de 14 de marzo en esta materia. Entre ellos, véase GÓMEZ COLOMER, J. L. “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: Del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 118-120; PLANCHADELL GARGALLO, A. *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial (Comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Aranzadi, Pamplona, 2014, págs. 51-77; MIRANDA ESTRAMPES, M. *El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., J.M. Bosch, Barcelona, 2004, págs. 119 y 120.

exclusión prevista en el art. 11.1 LOPJ suponía en muchos casos que se acordara la absolución de los acusados. Esto motivó que se empezara a plantear un debate en cuanto al modo en que debía aplicarse esta norma, ya que se tenía la sensación de que la forma en que ésta se venía aplicando daba lugar en muchas ocasiones a resultados poco deseados o incluso injustos<sup>75</sup>.

Frente a esta situación, tanto el TC como el TS empezaron a crear distintas teorías jurisprudenciales que permitiesen a los órganos jurisdiccionales realizar una interpretación más flexible de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas directas y derivadas. El objetivo de estas teorías era poder desvincular, mediante una argumentación jurídica más o menos compleja, una prueba indirecta o secundaria del comportamiento anticonstitucional mediante el cual se obtuvo la prueba de la que deriva. Algunas de estas teorías, que se expondrán con mayor detenimiento más adelante, serían la teoría de la fuente independiente, del descubrimiento inevitable, la conexión de antijuridicidad, etc...

Estas excepciones jurisprudenciales, al igual que sucede con la doctrina de los frutos del árbol envenenado, se aplicaron por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, con el propósito de evitar una aplicación demasiado restrictiva de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas.

Actualmente, la doctrina española se encuentra dividida en dos grupos claramente diferenciados en lo que respecta a este tipo de teorías. Así, existe un primer grupo de autores que está a favor de la aplicación de las excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, mientras que, por el lado contrario, hay otros autores que se oponen a la aplicación de dichas teorías.

---

<sup>75</sup> Entre otras, considero oportuno mencionar aquí la reflexión que hace RODRÍGUEZ LAINZ sobre la aplicación de la regla de exclusión: “Sin embargo, la penetración de la doctrina jurisprudencial estadounidense sobre la ineficacia probatoria de la prueba ilícita fue más allá, haciendo propia, asumiendo, la teoría de los frutos del árbol prohibido, de la irradiación de la nulidad a la prueba refleja.

A partir de este trascendental hito jurídico comenzaron a proliferar tanto a nivel doctrinal y jurisprudencial, en ese cáliz del hipergarantismo del que tantos hemos bebido desde la instauración del sistema democrático en España, teorías causalistas que, basadas en la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, se mostraban absolutamente reacias a aplicar las llamadas reglas de exclusión como cláusulas moderadoras del demoledor efecto irradiante. Sin embargo, no podemos perder tan pronto el norte de la misma definición del nuevo principio; y percatarnos de que: por una parte, no nos cansaremos de decirlo, tal prohibición no es un absoluto jurídico; y por otra, que toda norma sancionadora de una contravención de normas jurídicas, merece ser interpretada de forma restrictiva; por lo que solamente habrá de predicarse de aquellas transgresiones que tengan transcendencia en la afectación del derecho, debe entenderse grave (se habla de violentar)”. Véase RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. “Exclusionary rules y garantías procesales en el ordenamiento procesal penal español”, en *Diario La Ley*, núm. 8203, 2013.

Los partidarios de que se apliquen este tipo de teorías entienden que es necesario modular de algún modo el efecto reflejo de la prueba ilícita. Dicha postura se basa, principalmente, en la convicción de que no se debe hacer caso omiso a aquellas pruebas que demuestran la comisión de un hecho delictivo, ya que ello daría lugar a muchas situaciones de impunidad e injusticia<sup>76</sup>.

En relación con ello, este grupo de autores insiste en que la regla de exclusión prevista en el art. 11.1 LOPJ no constituye un derecho fundamental del que sean titulares las partes de un proceso, sino que se trata de una garantía accesoria al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Por tanto, el hecho de que se aporte al proceso una prueba obtenida ilícitamente no supone, en todo caso, una afectación del derecho a un proceso con todas las garantías.

Junto a ello, añaden estos autores que la regla de exclusión no tiene un carácter absoluto. Por tanto, no puede perderse de vista el interés social en que se dicte una resolución justa y condenatoria para el causante del delito o el responsable de la infracción cometida. Una aplicación excesivamente rígida de esta regla puede suponer unos costos sociales que resulten excesivos si se compara con el beneficio que se consigue al aplicar dicha norma<sup>77</sup>.

Por último, cabe resaltar que en el mismo sentido que esta posición doctrinal se ha pronunciado en numerosas ocasiones el TS, abogando así por una interpretación flexible de la regla de exclusión y del efecto reflejo de la prueba ilícita<sup>78</sup>.

Sin embargo, estos mismos autores que se inclinan a favor de la aplicación de las excepciones recuerdan la necesidad de aplicarlas con cierta precaución. Y es que, como

---

<sup>76</sup> Entre otros autores, podemos citar a GÁLVEZ MUÑOZ, L. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de Derechos Fundamentales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 119-145; RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. “*Exclusionary rules* y garantías procesales en el ordenamiento procesal penal español”, en *Diario La Ley*, núm. 8203, 2013; JIMÉNEZ SEGADO, C. “La prueba ilícita y las reglas de ‘desconexión’ de sus efectos”, en *La Ley Penal*, núm. 58, 2009.

<sup>77</sup> En este sentido, GÁLVEZ MUÑOZ, L. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de Derechos Fundamentales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 120-123.

<sup>78</sup> A modo de ejemplo, se dice en la STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 116/2017, de 23 de febrero que: “*Esta doctrina, con enunciado normativo propio en el art. 11.1 de la LOPJ (...) aconseja huir de interpretaciones rígidas, sujetas a reglas estereotipadas que impidan la indispensable adaptación al caso concreto. Y esa rigidez despliega similar efecto pernicioso, tanto cuando se erige en injustificada regla de exclusión, como cuando se convierte en una tolerante fórmula para incorporar al arsenal probatorio lo que debió haber sido excluido... Esta idea late en cuantas doctrinas han sido formuladas en las últimas décadas con el fin de restringir el automatismo de la regla de exclusión. Ya sea acudiendo a las excepciones de buena fe, de la fuente independiente o de la conexión atenuada, de lo que se trata es de huir de un entendimiento que, por su rigidez, aparte la regla de exclusión de su verdadero fundamento*”.



su propia denominación indica, la regla de exclusión ha de ser la regla general, y estas teorías han de consistir en una excepción a dicha regla general. Por lo tanto, sólo deberán aplicarse estas excepciones en casos concretos y excepcionales.

Por el otro lado, existe un segundo grupo doctrinal que se opone a la aplicación de este tipo de excepciones<sup>79</sup>. Como argumento principal para defender su postura alegan el fundamento constitucional de la regla de exclusión, que ya se recogió desde un primer momento en la trascendental STC 114/1984, de 29 de noviembre.

En relación con ello, recuerdan estos autores que las teorías de excepción a la doctrina de los frutos del árbol envenenado provienen del sistema judicial estadounidense, en el cual la regla de exclusión se concebía como un instrumento para disuadir a las autoridades públicas de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (el conocido como *deterrent effect*)<sup>80</sup>. Sin embargo, la regla de exclusión se presenta en España no sólo como un componente ético, sino también constitucional, en virtud del cual se concibe como una garantía procesal que se deriva del sistema de derechos fundamentales y del contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)<sup>81</sup>. Por lo tanto, aplicar las excepciones norteamericanas a la regla de exclusión prevista en el art. 11.1 LOPJ, las cuales se basan en un efecto disuasorio y no en el carácter predominante de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, supone aplicar en un marco jurídico (el español) unos principios y reglas de interpretación que no se corresponden con el que les dio origen (el norteamericano).

Además, este sector de la doctrina considera que mediante estas excepciones se subsanan los fallos que las autoridades públicas cometen durante la investigación de un

---

<sup>79</sup> Partidarios de esta segunda postura son GÓMEZ COLOMER, J. L. “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: Del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 108-147; PLANCHADELL GARGALLO, A. *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial (Comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Aranzadi, Pamplona, 2014; ASENSIO MELLADO, J. M. “La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de los derechos fundamentales”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 66, 2009, págs. 85-100; DÍAZ CABIALE, J. A. Y MARTÍN MORALES, R. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 82-91.

<sup>80</sup> A modo de ejemplo de este efecto disuasorio podemos citar el caso *US vs. Janis* (428 US 433, 1976), en cuya sentencia se declara que “*el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, sino el único, es evitar las conductas policiales ilícitas*”. Más adelante, añade que “*la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada...*”.

<sup>81</sup> Sobre los distintos modelos de justificación de la regla de exclusión y sus consecuencias prácticas, véase MIRANDA ESTRAMPES, M. “La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones” en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Mayo, 2010, págs. 131-151.

hecho delictivo, llegando así a convalidar aquellas actuaciones que dieron lugar a la vulneración de derechos fundamentales. En este sentido, recordamos que una de las características de la ilicitud probatoria es que la sanción de ineficacia es plena, es decir, que la actuación vulneradora de un derecho fundamental por la cual se obtuvo el correspondiente medio de prueba no se puede subsanar ni convalidar.

Por todo ello, entienden estos autores que la continua creación de excepciones a la regla de exclusión está dando lugar a que demasiados supuestos de hecho se escapen al ámbito de aplicación del art. 11.1 LOPJ. Ello, a su vez, está creando una situación de inseguridad jurídica.

Dicho esto, se estudian a continuación algunas de estas teorías de excepción a la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Para ello, se partirá desde el punto de vista del proceso penal, ya que es precisamente en este ámbito en el que nacieron estas teorías.

### **1. La teoría de la fuente independiente**

Cuando en el contexto de la ilicitud probatoria hablamos de una “prueba independiente”, nos referimos a aquellas pruebas que no tienen ningún tipo de relación (ya sea directa o indirecta) con la vulneración del derecho fundamental. Dicho de otro modo, pruebas independientes son aquellas que derivan de un cauce distinto del que dio lugar a una primera prueba que cabe calificar como ilícita, motivo por el cual la sanción de ineficacia no debe extenderse a este tipo de pruebas.

Siendo así definida la teoría de la fuente independiente, varios autores han señalado que esta teoría no se trata propiamente de una excepción a la regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ. Más bien, se trata de la consecuencia lógica e ineludible que cabe aplicar a aquellas pruebas que no son fruto directo ni indirecto de la actuación anticonstitucional mediante la cual se obtuvo el primer medio de prueba ilícito<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Por ejemplo, MIRANDA ESTRAMPES señala que *“en realidad no nos encontramos ante una verdadera excepción, sino que su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del alcance de la regla de exclusión (...). Entendida en estos términos, no opera, en realidad, como una excepción al reconocimiento de efectos reflejos de la prueba ilícita, sino que representa su faceta negativa al no concurrir el presupuesto material básico para su aplicación, consistente en la existencia de una relación causal entre la prueba originaria y la derivada”*. Véase MIRANDA ESTRAMPES, M. “La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones” en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Mayo, 2010, págs. 131-151.

La doctrina de la fuente independiente ya se aplicó en la sentencia del caso anteriormente referenciado, *Silverthorne Lumber Co. v. United States*. En este caso, el tribunal venía a decir que cuando el conocimiento de unos hechos se obtuviese mediante una fuente distinta de la ilícita esos hechos podrían producir perfectamente efectos probatorios; sin embargo, no sería así cuando dicho conocimiento se adquiriese como consecuencia de una actuación vulneradora de derechos fundamentales<sup>83</sup>.

Esta teoría también se ha aplicado en la jurisprudencia española, por ejemplo, en la STC 54/1996, de 26 de marzo. En este caso, el TC determinó que las intervenciones telefónicas practicadas se llevaron a cabo de manera ilícita, ya que la motivación del auto que las autorizó no cumplía con los requisitos de proporcionalidad exigibles. Como consecuencia de ello, el TC consideró que se había producido una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del acusado, lo que suponía la necesidad de excluir del proceso tanto las pruebas declaradas ilícitas como las que derivaren de estas.

Una vez identificadas las pruebas que derivaban de las ilícitas intervenciones telefónicas, el TC aplicó expresamente la teoría de la fuente independiente cuando señaló que, a continuación, había que proceder a la determinación de aquellas pruebas que no guardasen ningún tipo de relación con las declaradas ilícitas, para así proceder a su práctica y valoración<sup>84</sup>.

Bajo mi punto de vista, esta excepción a la doctrina de los frutos del árbol envenenado no presenta mayores dificultades para su comprensión. Sin embargo, lo que sí puede resultar más difícil es determinar en cada caso concreto cuando una prueba se ha visto influenciada o no por la intervención inconstitucional mediante la que se obtuvo la primera prueba ilícita. Para ello, habrá que atender a las circunstancias concretas de cada caso y tratar de delimitar con la mayor precisión posible las pruebas

---

<sup>83</sup> El texto literal de la sentencia dictada en el caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* es el siguiente: “*If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government’s own wrong cannot be used by it in the way proposed*”.

<sup>84</sup> El texto de la STC 54/1996, de 26 de marzo es el siguiente: “*Con lo dicho no puede finalizar aquí, sin embargo, nuestro examen, pues hemos de determinar, en segundo lugar, si con independencia del material probatorio obtenido mediante las conversaciones telefónicas ilícitas, hubo en el proceso otras pruebas de cargo válidamente practicadas, no derivadas directa o inmediatamente de la misma, de las que pueda deducirse la participación del recurrente en los hechos por los que se ha emitido el pronunciamiento condenatorio. No se trata, por tanto, de revisar la valoración de la prueba de los órganos judiciales, sino de comprobar si ha existido prueba de cargo, que, realizada en forma legal y con las garantías exigibles en el acto de la vista, permitan desvirtuar la presunción de inocencia*”.

posteriores que se hayan llegado a ver influenciadas por la actuación vulneradora de los derechos fundamentales.

## **2. La teoría del descubrimiento inevitable**

Se puede definir la teoría del descubrimiento inevitable como aquella que resulta aplicable en aquellos casos en los que a pesar de haberse obtenido una evidencia mediante una actuación vulneradora de derechos fundamentales, ésta se habría obtenido igualmente si se hubiere actuado de manera constitucional. Por lo tanto, esta argumentación jurídica permite que se lleguen a valorar en un proceso aquellas pruebas que derivan de una actuación ilícita, siempre y cuando se llegue a demostrar que las pruebas se hubieran obtenido igualmente en caso de no haberse producido las actuaciones anticonstitucionales que dieron lugar a la ilicitud de la prueba.

La teoría del descubrimiento o hallazgo inevitable tiene como punto de partida indiscutido el caso *Nix v. Williams*, cuyo supuesto de hecho se puede resumir de la siguiente manera: durante un interrogatorio ilegal, el acusado reconoció la autoridad de un crimen de homicidio e indicó a los agentes de policía el lugar donde había enterrado a la víctima. Ante esta situación, la Corte Suprema de los Estados Unidos entendió que las circunstancias en que tuvo lugar dicho interrogatorio suponían una violación de la VI Enmienda, al haberse practicado el mismo sin la asistencia de un abogado defensor.

A priori, podría afirmarse que no presenta demasiadas dudas el origen ilícito del hallazgo del cuerpo, por lo que dicha prueba no debería producir efectos probatorios en un procedimiento judicial. Sin embargo, cabe señalar que al mismo tiempo que se producía el interrogatorio, un grupo de voluntarios estaba registrando la zona en la que se estimaba que podía encontrarse el cuerpo de la víctima. Por lo tanto, el órgano judicial acabó por afirmar que, aunque el acusado no hubiere revelado el paradero de la víctima, éste habría sido igualmente encontrado por el grupo de voluntarios apenas unas horas más tarde.

Así, conforme a la doctrina estudiada en este apartado, se llegó a afirmar que no se puede entender que la prueba directa (confesión ilícita del acusado) y la prueba refleja (cadáver) estén relacionadas de tal modo que el origen ilícito de la primera pueda extenderse a la segunda. Consecuentemente, aunque el descubrimiento del cuerpo de la víctima por parte de los agentes de policía no se habría producido sin la confesión ilícita del acusado, se estimó que no procedía la exclusión de dicha evidencia. Y eso con base

en que, en el hipotético caso de que no se hubiere producido el interrogatorio, el cuerpo de la víctima habría sido hallado unas pocas horas más tarde en las mismas condiciones.

Esta argumentación jurídica también se ha aplicado por los tribunales españoles en varias ocasiones<sup>85</sup>; no obstante, sólo voy a exponer de manera concreta el caso que se resuelve por la STS, Sala Segunda, 974/1997, de 4 de julio, ya que considero que en éste se puede apreciar de una manera muy clara el razonamiento de esta doctrina.

En este caso, se excluyeron del proceso unas escuchas telefónicas que se declararon ilícitas por entender que la motivación del auto que las autorizaba era insuficiente. Sin embargo, el órgano judicial entendió que concurrían otras pruebas válidas que demostraban la ilicitud de los hechos enjuiciados y justificaban que se dictara una sentencia condenatoria.

La Policía Autónoma Vasca venía desarrollando un programa de vigilancia y seguimiento sobre la acusada mediante el cual se pudo confirmar que esta persona se dedicaba habitualmente al tráfico de drogas, circunstancia que también fue confesada por la propia acusada en el acto del juicio oral<sup>86</sup>. Por ese motivo, estimó el tribunal que la detención de la acusada constituyó un descubrimiento inevitable. El órgano judicial entendió que, en el hipotético caso de que no hubieren tenido lugar las referidas escuchas ilícitas, se habría llegado al mismo resultado (detención de la acusada), ya que con carácter previo a las referidas escuchas se venían desarrollando otras vías de investigación que habrían conducido ineludiblemente a la detención de la acusada<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Entre otras, véase la STS, Sala de lo Penal, 885/2002, de 21 de mayo, STC 22/2003, de 10 de febrero, STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 602/2007, de 4 de julio y STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 927/2012, de 27 de noviembre.

<sup>86</sup> A este respecto, se dice en la STS, Sala Segunda, 974/1997, de 4 de julio: *“Sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del «descubrimiento inevitable». En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de Agentes de la Policía Autónoma Vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína «al por mayor». Es decir que «inevitablemente» y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada”*.

<sup>87</sup> Continúa la STS, Sala Segunda, 974/1997, de 4 de julio diciendo: *“En consecuencia la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues -*

No obstante, resulta importante matizar que esta sentencia restringe el ámbito de aplicación de esta excepción a la doctrina de los frutos del árbol envenenado a aquellos casos en que las actuaciones vulneradoras de derechos fundamentales se hubieren producido de buena fe. Se pretende con ello que las autoridades públicas no decidan recurrir a este tipo de actuaciones ilícitas de manera consciente y voluntaria para obtener fuentes de prueba con mayor rapidez que si deciden hacerlo por las vías legales<sup>88</sup>.

Por todo ello, considero que, a modo de conclusión, se puede afirmar, tal y como han hecho otros autores<sup>89</sup>, que la aplicación de la doctrina del descubrimiento inevitable ha de cumplir necesariamente con dos requisitos: el primero de ellos, el ya aludido requisito de la buena fe en la actuación vulneradora de derechos fundamentales; y en segundo lugar, la necesaria existencia de una línea de investigación previa a la vulneración del derecho fundamental, a fin de evitar que la vulneración del derecho fundamental se convierta en el punto de partida de la actividad de investigación.

Bajo mi punto de vista, considero que la aplicación de dicha doctrina presenta un gran problema: la incorporación, utilización y aprovechamiento en el proceso de pruebas que se desvinculan de las actuaciones contrarias a los derechos fundamentales con base en meras hipótesis o conjeturas. Tal y como se ha expuesto en los casos anteriores, el resultado probatorio que se obtiene en un primer momento se alcanza por medios inconstitucionales (tanto en el caso del interrogatorio ilegal como en el caso de las escuchas telefónicas ilícitas); no obstante, se argumenta que dicho resultado probatorio se habría conseguido igualmente en caso de que las referidas actuaciones ilícitas no hubieren tenido lugar, ya que paralelamente se venían desarrollando otras líneas de investigación completamente respetuosas de los derechos fundamentales que

---

*con independencia de ello- las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención”.*

<sup>88</sup> “La limitación del «descubrimiento inevitable» debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de «buena fe», para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a «acelerar» por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente; buena fe que en este caso concurre pues se contaba con una autorización judicial correctamente obtenida, aun cuando el Tribunal sentenciador no la haya estimado válida por insuficiencia de motivación” (STS, Sala Segunda, 974/1997, de 4 de julio).

<sup>89</sup> Entre ellos, véase RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. “Exclusionary rules y garantías procesales en el ordenamiento procesal penal español”, en *Diario La Ley*, núm. 8203, 2013 y VELASCO NÚÑEZ, E. “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del ‘fruto del árbol envenenado’: correcciones actuales y tendencias de futuro”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 12, 1996, (ejemplar dedicado a: Medidas restrictivas de derechos fundamentales) págs. 425-463.

habrían conducido inevitablemente a los mismos resultados. En definitiva, se desarrolla una argumentación jurídica que permite desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados con base en conjeturas o hipótesis, es decir, situaciones que podrían haber ocurrido pero que, en realidad, no ocurrieron. Se añade a ello la propia indefinición de la expresión “descubrimiento inevitable”, que, bajo mi punto de vista, se trata de un concepto jurídico indeterminado que ofrece poca seguridad jurídica y otorga un gran margen de interpretación a los tribunales en cada caso concreto.

### **3. La teoría del nexo causal atenuado**

Se aplicó por primera vez esta teoría por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Wong Sun v. United States* [371 US 471 (1963)] y se desarrolló con mayor precisión más adelante en el caso *Brown v. Illinois* [422 US 590 (1975)].

En el primer supuesto se enjuiciaba un caso de tráfico de drogas cuyos hechos se pueden sintetizar de la siguiente manera: el sospechoso “A” confesó ante la policía que el proveedor de la droga que había comprado era “B”. La policía accedió al domicilio de “B” y, a pesar de no encontrar drogas en ese lugar, esta persona les indicó que las mismas las encontrarían en el domicilio de “C”. Al entrar los agentes de policía en el domicilio de “C”, efectivamente encontraron una cierta cantidad de droga; además, fue esta persona quien los acabó guiando hasta Wong Sun, quien finalmente fue detenido por los agentes de policía y acabó realizando en ese momento declaraciones autoinculporatorias. Todas estas actuaciones policiales se llevaron a cabo sin la autorización u orden judicial correspondiente. Sin embargo, cabe señalar que un tiempo más tarde, el propio Wong Sun acudió de manera voluntaria a la comisaría para reconocer su participación directa en los referidos hechos delictivos.

Partiendo de estos hechos, la Corte Suprema excluyó del proceso las primeras declaraciones de Wong Sun (las que realizó en el mismo momento en que fue detenido por los agentes de policía), por entender que las diligencias de entrada, registro y detención practicadas en ese momento fueron ilegales por no contar con las debidas autorizaciones. Sin embargo, el órgano judicial consideró que la segunda confesión realizada por Wong Sun podía surtir efectos probatorios en el procedimiento, fundamentando dicha posición en dos argumentos principales: en primer lugar, el tiempo transcurrido entre la actuación ilícita y la segunda confesión; y en segundo lugar, el carácter voluntario y libre con el que se realizó esta segunda declaración inculporatoria.

Estos son los principales argumentos que utiliza la Corte Suprema para afirmar que la relación de causalidad existente entre las pruebas originarias (tanto las diligencias policiales practicadas el día de los hechos como la confesión que tras su detención realizó Wong Sun) y la derivada (la declaración voluntaria prestada por Wong Sun en comisaría) se ha visto atenuada y que, por tanto, esta segunda prueba puede ser incorporada al proceso y valorarse para el fallo de la sentencia.

Este caso fue el que dio pie a que se comenzara a desarrollar una argumentación jurídica que abogara por el aprovechamiento de aquellas pruebas secundarias o derivadas que, si bien se encuentran de algún modo relacionadas con una primera fuente de prueba ilícita, la relación de causalidad entre una y otra se ve atenuada por las distintas circunstancias concurrentes en cada caso. Dichos factores que inciden en la atenuación del nexo causal fueron posteriormente desarrollados en el ya mencionado caso *Brown v. Illinois*, en el que se mencionaron los siguientes:

- El periodo de tiempo transcurrido entre la actuación vulneradora de los derechos fundamentales y las pruebas derivadas de la misma.
- El modo más o menos intencionado en que se llevó a cabo el comportamiento anticonstitucional.
- Las distintas circunstancias que se hayan dado para la obtención de las pruebas derivadas.
- Que el acusado lleve a cabo, de manera completamente voluntaria, un acto que permita obtener una fuente de prueba lícita.

Un caso muy similar al expuesto anteriormente lo encontramos también en la STC, Sala Primera, 86/1995, de 6 de junio, en el cual la detención del sospechoso que portaba drogas fue propiciada por la información que se obtuvo previamente mediante la realización de unas escuchas telefónicas ilícitas. Del mismo modo que en el caso de la jurisprudencia norteamericana, el detenido, en el mismo momento de la detención, realizó unas declaraciones por las que reconocía su participación directa en los hechos delictivos. Sin embargo, esas mismas confesiones las volvió a realizar posteriormente en sede judicial, siendo que en esta ocasión dichas declaraciones fueron completamente voluntarias y con total respeto a los derechos del acusado.

En este caso, el TC consideró que el derecho al secreto de las comunicaciones se había visto vulnerado por las ilícitas escuchas telefónicas que habían tenido lugar. Por



lo tanto, debían ser excluidas del proceso todas las pruebas obtenidas como consecuencia de dicha práctica, entre ellas, la droga y la confesión que tuvieron lugar en el momento de la detención. Sin embargo, por aplicación de la teoría del nexo causal atenuado, el tribunal entendió que las confesiones posteriormente realizadas a lo largo del proceso, de manera completamente voluntaria y con total respeto a los derechos del acusado, eran pruebas ajenas a la conducta ilícita llevada a cabo por los agentes de policía, y que por tanto debían producir efectos probatorios<sup>90</sup>.

Para sustentar esta posición, el TC se remite a la concurrencia de las circunstancias que anteriormente se mencionaron en el caso *Brown v. Illinois*, como son el carácter voluntario de la confesión del acusado, el periodo de tiempo que media entre la actuación vulneradora de los derechos fundamentales y la confesión del acusado, así como las condiciones en que ésta última se produjo (en sede judicial, con asistencia letrada, siendo consciente el acusado de los derechos de los que era titular, etc...)<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> “Entre las evidencias declarativas, no viciadas por la ilegalidad original, figura en el presente caso la propia confesión del coprocesado, hoy recurrente (...).

Ciertamente, contra la posibilidad de valoración probatoria de la confesión prestada ante la evidencia del hallazgo de los objetos inculpativos puede aducirse que la misma difícilmente habría tenido lugar, de un modo espontáneo, de no haber estado precedida de la ocupación de los efectos del delito. Pero la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención. En este sentido, para determinar si la declaración confesoria del imputado se ha producido en condiciones de poder ser aceptada, y basar en ella una condena penal, deben tenerse en cuenta los diversos factores concurrentes en cada caso, de entre los que cabe destacar en el sometido a la consideración de este Tribunal si se hicieron al detenido las advertencias legales, si fue informado de sus derechos y si en la declaración estuvo presente un Abogado encargado de asistirle. Asimismo, debe tenerse en cuenta la proximidad temporal entre la confesión y la ocupación ilegal, pues resulta evidente que la voluntariedad de la confesión se encuentra comprometida, en mayor medida, cuando al confesante no se le ha advertido, previamente, que podía negarse a declarar, especialmente si la autoincriminación se produce, como sucede en el presente caso, inmediatamente después de conocer el resultado de la investigación ilegal” (STC, Sala Primera, 86/1995, de 6 de junio).

<sup>91</sup> A este respecto, se dice expresamente en la STC, Sala Primera, 86/1995, de 6 de junio: “(...) las primeras declaraciones autoinculpativas, las realizadas en la sede policial, se produjeron sin que el detenido contase con la asistencia de un Abogado encargado de su defensa. En principio, tales irregularidades habrían sido suficientes para privar de eficacia probatoria a la confesión del acusado, de no haberse reiterado, posteriormente, primero en el Juzgado de Instrucción, asistido por un Abogado, y después ante el Tribunal encargado del enjuiciamiento, en el acto del juicio oral (...). Tales declaraciones, efectuadas en un sentido claramente inculpativo, constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia.

Por todo ello, ha de afirmarse que en este supuesto no se ha producido la pretendida vulneración de este derecho constitucional. Para apreciarla habría sido necesario constatar la existencia de un vacío probatorio por no haberse practicado prueba alguna, porque toda la practicada se hubiese obtenido sin respetar las garantías procesales, hubiese sido obtenida o se hubiere derivado de alguna prueba practicada con vulneración de los derechos fundamentales de los recurrentes. Ninguna de estas circunstancias concurre en el presente caso, pues de acuerdo con lo que se acaba de exponer la sentencia condenatoria se fundamenta en una actividad probatoria de cargo, como lo son las manifestaciones inculpativas realizadas con todas las garantías por un coimputado en el acto del juicio

Por último, me gustaría señalar que, si bien no cabe duda de la recepción de esta doctrina por parte de la jurisprudencia española, ello no quiere decir que la misma haya sido unánimemente aceptada o que no existan posiciones doctrinales que se muestran contrarias a la aplicación de la misma. Por ejemplo, se puede mencionar la opinión de ANDRÉS IBÁÑEZ, quien entiende que la confesión que se consigue de esta forma también ha de ser calificada como ilícita, ya que no se puede tolerar que en el interrogatorio que se hace al acusado se formulen preguntas relativas a los datos y objetos que han obtenido las autoridades públicas mediante la práctica de diligencias ilícitas vulneradoras de derechos fundamentales<sup>92</sup>.

Defienden los autores que se muestran reacios a la aplicación de esta doctrina que supone una contradicción en sí misma que, por un lado, se reconozca que las actuaciones vulneradoras de derechos fundamentales son nulas de pleno derecho y que, por tanto, no puedan producir efectos probatorios, mientras que, por otro lado, se concluya que la declaración del inculcado así manifestada sirva como prueba de cargo válida, ya que dicha confesión obedece a un interrogatorio sobre extremos que única y exclusivamente se han conocido y puesto de manifiesto en el proceso como consecuencia de actuaciones vulneradoras de derechos fundamentales<sup>93</sup>.

#### **4. La excepción de la prueba obtenida por un particular**

En esta excepción a la doctrina de los frutos del árbol envenenado se aprecia de manera muy clara como el fundamento histórico de este tipo de teorías se encuentra en la función de desincentivar que las autoridades públicas realicen actos de investigación vulneradores de los derechos fundamentales para obtener pruebas con la intención de aportarlas al proceso<sup>94</sup>. Ello ha justificado que, en algunos supuestos, los tribunales hayan concluido que si la vulneración del derecho fundamental en el momento de obtener una evidencia no ha sido causada por la intervención del Estado, sino por un

---

*oral, que ha de considerarse suficiente para estimar desvirtuada la presunción de inocencia que se invoca como vulnerada”.*

<sup>92</sup> Véase ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “La función de las garantías en la actividad probatoria”, en AA.VV. *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993.

<sup>93</sup> En este mismo sentido, véase JORGE BARREIRO, A. “La prueba ilícita en el proceso penal”, en *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación*. Volumen II (1992), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993.

<sup>94</sup> Sin ánimo de profundizar demasiado en esta cuestión, me gustaría recordar, tal y como se ha expuesto anteriormente, que el fundamento de las reglas de exclusión no es el mismo en Estados Unidos que en España. Y es que, mientras que en la jurisprudencia norteamericana la regla de exclusión tiene como principal fundamento el ya aludido *deterrent effect*, en España estas teorías se conciben como una garantía accesoria del carácter preponderante de los derechos fundamentales.

particular, no proceda aplicar la regla de exclusión de la prueba ilícita. Y ello con base, precisamente, en que la exclusión de la prueba así obtenida (por un particular) no haría efectivo el efecto disuasorio que justifica la aplicación de estas teorías.

Dicho esto, nos remontamos de nuevo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos para ver cuando se utilizó por primera vez esta argumentación jurídica. Así, en el caso *Burdeau v. McDowell* [256 US 465 (1921)] se planteaba que el modo en que se habían obtenido ciertos documentos que se querían aportar al proceso como prueba habían sido obtenidos con vulneración de la IV y V Enmienda. Para la obtención de dichos documentos, la empresa para la que el Sr. McDowell había venido prestando sus servicios y de la cual había sido despedido (por presuntos comportamientos ilícitos y contrarios a los intereses de la empresa) autorizó a uno de sus empleados para que accediera al despacho de McDowell y registrara los documentos que allí pudiera encontrar; algunos de los documentos hallados fueron propuestos como prueba para el acto del juicio.

Ante estos hechos, la Corte Suprema entendió que la prueba así obtenida debía ser valorada y tenida en cuenta para fundamentar el fallo de la sentencia, ya que, en origen, la IV Enmienda ofrece una protección que sólo cabe prodigar respecto de las autoridades públicas<sup>95</sup>. De este modo, la Corte Suprema entendió que no había ningún obstáculo para que el gobierno valorase dichos documentos, ya que éstos llegaron a las autoridades públicas sin que éstas hubieran cometido ninguna actuación vulneradora de los derechos fundamentales del acusado; en todo caso, fue la actuación individual de unos sujetos particulares la que constituye un modo ilícito de obtención de estos medios de prueba<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> En este sentido, se dice textualmente en la sentencia dictada en el caso *Burdeau v. McDowell* [256 US 465 (1921)] que: “*The Fourth Amendment gives protection against unlawful searches and seizures, and, as shown in the previous cases, its protection applies to governmental action. Its origin and history clearly show that it was intended as a restraint upon the activities of sovereign authority, and was not intended to be a limitation upon other than governmental agencies*”.

<sup>96</sup> Se dice expresamente en la sentencia dictada en el caso *Burdeau v. McDowell* [256 US 465 (1921)]: “*We know of no constitutional principle which requires the government to surrender the papers under such circumstances. Had it learned that such incriminatory papers, tending to show a violation of federal law, were in the hands of a person other than the accused, it having had no part in wrongfully obtaining them, we know of no reason why a subpoena might not issue for the production of the papers as evidence. Such production would require no unreasonable search or seizure, nor would it amount to compelling the accused to testify against himself.*

*The papers having come into the possession of the government without a violation of petitioner's rights by governmental authority, we see no reason why the fact that individuals, unconnected with the*

Por todo ello, se consolidó en Estados Unidos la denominada doctrina de la acción estatal o de la prueba obtenida por un particular. Esta teoría viene a decir que, dado que la finalidad de la regla de exclusión es evitar que los agentes públicos se extralimiten en el ejercicio de sus funciones para la obtención de evidencias, la regla de exclusión sólo será aplicable cuando en la actuación ilícita de que se trate hayan intervenido autoridades públicas, no sujetos particulares.

Esta excepción a la regla de exclusión probatoria también se ha aplicado en la jurisprudencia española a través de la STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 116/2017, de 23 de febrero. En este caso, se cuestiona la legitimidad de la prueba obtenida por el Sr. Hervé Falciani, quien aprovechando su puesto de trabajo, elaboró una lista en la que relacionaba a varios clientes de la entidad bancaria para la que trabajaba con presuntas actividades ilícitas. Por su parte, las autoridades públicas francesas llegaron a obtener este listado de personas mediante un registro domiciliario que practicaron en la residencia del Sr. Falciani, listado que posteriormente se entregó a las autoridades españolas y que se estudia en la presente sentencia.

Ante estos hechos, el TS consideró que la prueba cuya admisibilidad se cuestionaba debía ser admitida y valorada en el proceso. Para fundamentar esta posición, no sólo se basó el tribunal en el criterio sentado por la jurisprudencia norteamericana (que la actuación vulneradora de los derechos fundamentales del acusado había sido cometida por un particular), sino que a ello sumó dos importantes matices: que el particular no hubiese llevado a cabo ese comportamiento anticonstitucional con la intención de obtener material probatorio que aportar a un proceso; y además, que el particular tampoco tuviese la intención de colaborar, de ningún modo, con las autoridades encargadas de investigar los hechos enjuiciados.

Para llegar a esta conclusión, el TS se refiere, en primer lugar, a que la regla de exclusión probatoria contenida en el art. 11.1 LOPJ tiene por objeto el ya aludido efecto disuasorio<sup>97</sup>. Sin embargo, el propio TS matiza que ello no quiere decir que en aquellos

---

*government, may have wrongfully taken them should prevent them from being held for use in prosecuting an offense where the documents are of an incriminatory character”.*

<sup>97</sup> A este respecto, la STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 116/2017, de 23 de febrero, dice expresamente: “(...) en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito. Esta idea late en cuantas doctrinas han sido formuladas en las últimas décadas con el fin de restringir el automatismo de la regla de exclusión. Ya sea acudiendo a las excepciones de buena fe, de la fuente independiente o de la conexión atenuada, de lo que se trata es de huir de un entendimiento que,

casos en que la actuación vulneradora de los derechos fundamentales sea cometida por un particular la regla general sea la admisión de la prueba ilícita, y solo en determinados casos se deba aplicar la regla de exclusión (lo que supondría un giro de ciento ochenta grados de lo que se pretende con el art. 11.1 LOPJ)<sup>98</sup>; sino que, en estos casos, habrá que estudiar las circunstancias concretas de cada uno para determinar cuándo se puede aplicar la doctrina de la prueba obtenida por un particular<sup>99</sup>.

En este sentido, no cabe duda de que será aplicable la regla de exclusión prevista en el art. 11.1 LOPJ cuando la actuación vulneradora de derechos fundamentales llevada a cabo por el particular tuviere por objeto la recolección de evidencias para aportarlas a un procedimiento judicial<sup>100</sup>.

Junto a ello, señala expresamente la sentencia que para aplicar esta excepción habrá que estudiar dos cuestiones imprescindibles: por un lado, el alcance y la intensidad de la afectación del derecho fundamental menoscabado; y, por otro lado, el significado de la actividad del particular, en el sentido de que éste no hubiere actuado ni con la intención de obtener material probatorio para aportarlo a un proceso jurisdiccional ni que haya colaborado con las autoridades públicas encargadas de la investigación del delito<sup>101</sup>.

---

*por su rigidez, aparte la regla de exclusión de su verdadero fundamento. La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito”.*

<sup>98</sup> “El razonamiento que da vida al fundamento jurídico precedente no busca formular una regla con pretensión de validez general. Tampoco aspira a proclamar un principio dirigido a la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y que luego son utilizadas en un proceso penal” (STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 116/2017, de 23 de febrero).

<sup>99</sup> Se dice expresamente en la STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 116/2017, de 23 de febrero que la excepción que permite aportar al proceso la prueba adquirida por un sujeto particular “sólo adquiere sentido si se interpreta como una llamada a la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso concreto. La vulneración de la intimidad de las personas -si éste es el derecho afectado por el particular- no puede provocar como obligada reacción, en todo caso, la declaración de ilicitud. Entre el núcleo duro de la intimidad y otros contenidos del círculo de exclusión que cada persona dibuja frente a los poderes públicos y frente a los demás ciudadanos, existen diferencias que no pueden ser orilladas en el momento de la decisión acerca de la validez probatoria”.

<sup>100</sup> “También el ciudadano que busca acopiar datos probatorios para su incorporación a una causa penal tiene que percibir el mensaje de que no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero” (STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 116/2017, de 23 de febrero).

<sup>101</sup> “Decisivos resultan, por tanto, el alcance y la intensidad de la afectación del derecho fundamental menoscabado. Pero también lo es atender al significado de esa actividad del particular que, a raíz de su actuación, hace aflorar unos documentos o un archivo informático de singular valor probatorio. Sólo así la decisión sobre la regla de exclusión no correrá el riesgo de apartarse de su genuino fundamento. Quien busca hacerse con documentos para obtener un rédito económico o quien persigue denunciar la injusticia del sistema financiero, no está, desde luego, convirtiéndose en un agente

Por todo ello, se puede decir, a modo de conclusión, que la doctrina de la acción estatal o de la prueba obtenida por un particular permitirá valorar las pruebas obtenidas por un particular, aunque sea de manera anticonstitucional, siempre y cuando se cumplan los dos requisitos expresados por el TS: que el comportamiento de este sujeto no tuviere por fin recopilar evidencias y, además, que no hubiere colaborado con los funcionarios públicos dedicados a la persecución del hecho delictivo.

## **5. La doctrina de la conexión de antijuridicidad**

A diferencia de lo que sucede en las teorías estudiadas en los apartados anteriores, la doctrina de la conexión de antijuridicidad no nace en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, sino que la misma fue creada por el propio TC español, concretamente, a través de la STC 81/1998, de 2 de abril. No obstante, antes de analizar cómo se aplicó este razonamiento jurídico al caso concreto, considero oportuno exponer cuáles son las bases de esta doctrina, ya que de este modo se puede comprender de mejor manera cómo resolvió el tribunal este supuesto.

Así, en primer lugar, debemos diferenciar entre dos tipos de pruebas. Por un lado, tendríamos la prueba directa (prueba ilícita originaria), que es aquella que se obtiene como consecuencia inmediata del comportamiento anticonstitucional. Y por el otro lado, se encuentran las pruebas derivadas, que son aquellas que, en origen, han sido lícitamente obtenidas, pero sin embargo, no surten efectos probatorios dado que se encuentran causalmente ligadas a la actuación vulneradora del derecho fundamental; es decir, nos referimos a aquellas evidencias que no se podrían haber obtenido sin el conocimiento que previamente fue recabado a través de la prueba ilícita directa. De este modo, vemos cómo tanto las pruebas directas como las reflejas o derivadas se encuentran vinculadas al comportamiento ilícito. Por lo tanto, en principio, ninguna de ellas puede ser aportada y valorada en el proceso.

No obstante, el mismo TC recuerda en la sentencia objeto de estudio que, si bien la regla general es la exclusión de las pruebas directas y derivadas (por aplicación del

---

*estatal sumado espontáneamente al ejercicio del ius puniendi. Las reglas de exclusión probatoria se distancian de su verdadero sentido cuando no tienen relación con la finalidad que está en el origen mismo de su formulación. De lo que se trata es de limitar el afán del Estado en la persecución de los ilícitos penales, de apartar a los agentes de la autoridad de la tentación de valerse de medios de prueba que, por su alto grado de injerencia en el círculo de los derechos fundamentales, están sometidos a unas garantías constitucionales concebidas para la salvaguardia de aquéllos. Se ha dicho con acierto que la proscripción de la prueba ilícita se explica por el efecto disuasorio que para el aparato oficial del Estado representa tener plena conciencia de que nunca podrá valerse de pruebas obtenidas con vulneración de las reglas constitucionales en juego” (STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 116/2017, de 23 de febrero).*

art. 11.1 LOPJ), de manera excepcional, y sólo en determinados supuestos, no se aplicará la sanción de ineficacia. Esto sucederá cuando, a pesar de que la prueba de que se trate se encuentre naturalmente relacionada con la actuación vulneradora de los derechos fundamentales, sea jurídicamente independiente a dicho comportamiento<sup>102</sup>. Así, vemos cómo el TC establece que para que sea aplicable la doctrina de los frutos del árbol envenenado y, consecuentemente, la sanción de ineficacia inherente a la prueba ilícita directa se extienda a la prueba refleja, ha de acreditarse la existencia de dos tipos de relaciones causales entre ambas pruebas: en primer lugar, una relación de causalidad natural; y en segundo lugar, una relación de causalidad jurídica, lo que también se ha denominado como la conexión de antijuridicidad.

En definitiva, no basta con que la prueba derivada se halle naturalmente vinculada a la prueba ilícita directa; es decir, no es suficiente con acreditar que esta segunda prueba no se habría podido conseguir si no fuese por el conocimiento que se obtuvo a través del comportamiento anticonstitucional que dio lugar a la prueba directa. Sino que además, ambas pruebas deben estar conectadas desde un punto de vista jurídico, es decir, ha de existir una conexión de antijuridicidad entre ambas<sup>103</sup>.

Para determinar si esta conexión de antijuridicidad existe o no, el TC señala que hay que estudiar el supuesto de hecho desde dos perspectivas distintas:

- Una perspectiva interna, referida a la índole y características de la vulneración del derecho fundamental, así como al resultado obtenido con dicha vulneración; es decir, si para la obtención de la prueba refleja

---

<sup>102</sup> Se dice textualmente en la STC 81/1998, de 2 de abril: “Sin embargo, a la vez que establecíamos la doctrina general que acabamos de exponer, y habida cuenta de que, como hemos dicho repetidamente, los derechos fundamentales no son ilimitados ni absolutos (STC 254/1988 [RTC 1988\254], fundamento jurídico 3.º), en supuestos excepcionales hemos admitido que, pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia (SSTC 86/1995, fundamento jurídico 4.º y 54/1996 [RTC 1996\54], fundamento jurídico 9.º)”.

<sup>103</sup> “Según se ha dicho, tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones” (STC 81/1998, de 2 de abril).

resultó imprescindible el conocimiento adquirido a través de la referida vulneración.

- Una perspectiva externa, referida a las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental vulnerado<sup>104</sup>.

Estos serían los aspectos teóricos de la doctrina de la conexión de antijuridicidad. A continuación, vamos a ver cómo se aplica esta doctrina al caso concreto que se resuelve en la STC 81/1998, de 2 de abril.

En lo que se refiere a la perspectiva interna de los hechos, el TC entendió que para la obtención de la prueba derivada no fue imprescindible la información que se obtuvo como consecuencia de la actuación vulneradora de los derechos fundamentales que dio lugar a la primera prueba ilícita. Consecuentemente, estimó el tribunal que en el presente caso no se daba la necesaria relación causal jurídica<sup>105</sup>.

Por otro lado, para el estudio de la perspectiva externa, el TC se preguntó si el hecho de no aplicar la regla de exclusión prevista en el art. 11.1 LOPJ al caso concreto podría suponer, de algún modo, favorecer la comisión de comportamientos contrarios al derecho fundamental que se estimaba vulnerado (en este caso, el derecho al secreto de las comunicaciones). En otras palabras, el TC se planteaba si para satisfacer las necesidades de tutela del derecho fundamental vulnerado era necesario excluir la prueba derivada o, sin embargo, la satisfacción de esas necesidades se lograba con la sola

---

<sup>104</sup> El TC explica estas dos perspectivas en la STC 81/1998, de 2 de abril, de la siguiente manera: *“Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunidades exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (STC 11/1981 [RTC 1981\11], fundamento jurídico 8.º)”*.

<sup>105</sup> Dice expresamente la STC 81/1998, de 2 de abril: *“A partir de ese hecho, el Tribunal Supremo entiende que dadas las circunstancias del caso y, especialmente, la observación y seguimiento de que el recurrente era objeto, las sospechas que recaían sobre él y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí solo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho”*.



exclusión de la prueba ilícita directa, sin necesidad de extender la sanción de ineficacia a las pruebas derivadas de la misma.

Para dar respuesta a esta pregunta, el TC estudió la razón por la que se había provocado la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, llegando a la conclusión de que la misma se produjo por error. Los agentes de policía llevaron a cabo las escuchas telefónicas contando con la correspondiente autorización. Sin embargo, posteriormente, dicha autorización fue anulada por considerar incompletos los fundamentos que amparaban la realización de las referidas escuchas. Por lo tanto, tratándose de un supuesto en el que la vulneración cometida por los infractores no fue dolosa o negligente, sino por simple error, el TC entendió que las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se lograban con la exclusión de la prueba ilícita directa, sin necesidad de extender este efecto a las pruebas derivadas<sup>106</sup>.

Así, el TC admitió la práctica y valoración de las pruebas derivadas de la prueba ilícita originaria, por entender que estas pruebas no se encontraban jurídicamente relacionadas; es decir, no se daba la necesaria conexión de antijuridicidad.

De este modo, vemos como la aplicación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad no depende de que a lo largo de los hechos enjuiciados se produzca un evento o una circunstancia específica (ya sea, por ejemplo, una confesión realizada voluntariamente por el acusado o un descubrimiento inevitable), sino que la misma resulta aplicable a todos aquellos supuestos en los que se cuestione la eficacia refleja de la prueba ilícita. Esta circunstancia ha motivado que varios autores se refieran a esta excepción a la doctrina de los frutos del árbol envenenado como la más relevante de todas las que se han venido creando jurisprudencialmente<sup>107</sup>. No obstante, el gran

---

<sup>106</sup> El TC lo argumentó con las siguientes palabras: “*De todo ello se desprende que, en este caso, la necesidad de tutela inherente al derecho al secreto de las comunicaciones quedó satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, que ya hizo efectiva el Tribunal Supremo en su sentencia de casación, sin que resulte procedente extender dicha prohibición a las pruebas derivadas.*”

*En consecuencia, no puede estimarse la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que ha sido reparada por el Tribunal Supremo en la vía previa, al excluir la valoración de las conversaciones intervenidas. Y, por las razones expuestas en los fundamentos jurídicos anteriores, ha de rechazarse que la condena recaída sobre la base de las restantes pruebas de cargo, obtenidas con pleno respeto a los derechos fundamentales, haya vulnerado la presunción de inocencia”* (STC 81/1998, de 2 de abril).

<sup>107</sup> Entre otros autores, podemos destacar a GÓMEZ COLOMER, J. L. “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: Del expansionismo sin límites al más

ámbito de aplicación de esta doctrina también ha supuesto que la misma haya sido objeto de numerosas críticas por parte de un amplio sector de la doctrina española<sup>108</sup>.

Hay algunos autores que llegan más lejos, llegando a afirmar que la regla de exclusión prevista en el art. 11.1 LOPJ se ha convertido en la excepción y que, inversamente, la excepción al efecto reflejo ha pasado a ser la regla general. Dicen estos autores que esta nueva argumentación jurídica permite que en un proceso se valoren pruebas causalmente relacionadas con la actuación vulneradora de los derechos fundamentales, por entender que entre las pruebas directas y las reflejas no existe una relación de dependencia jurídica. Sin embargo, aunque estas pruebas acaben siendo valoradas, la doctrina de la conexión de antijuridicidad no permite afirmar, en ningún caso, que las pruebas controvertidas sean independientes entre sí<sup>109</sup>.

## VIII. CONCLUSIONES

PRIMERA: La prueba ilícita plantea un importante dilema, consistente en la necesidad de elegir entre tratar de obtener una sentencia lo más justa posible o, por el contrario, preservar las garantías y los derechos de que son titulares los presuntos responsables de un comportamiento ilícito. De este modo, el tribunal deberá valorar cuál es el interés que debe prevalecer, ya sea el castigo del presunto responsable de los

---

puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 129; MIRANDA ESTRAMPES, M. “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 47, 2003, pág. 59; DÍAZ CABIALE, J. A. Y MARTÍN MORALES, R. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 121-127.

<sup>108</sup> Véase MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 61-95; GÓMEZ COLOMER, J. L. “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: Del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 127-135; DE URBANO CASTRILLO, E. Y TORRES MORATO, M. A. *La prueba ilícita penal*, 6ª ed, Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra, 2012, págs. 56-67 y 92-105; ASENSIO MELLADO, J. M. “La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de los derechos fundamentales”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 66, 2009, págs. 85-100; etc...

<sup>109</sup> A modo de ejemplo, podemos citar la opinión de PLANCHADELL GARGALLO, quien dice que “desde esta sentencia [STC 81/1998] en muy pocas ocasiones se ha acabado reconociendo eficacia refleja y otorgando el amparo solicitado por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por ejemplo en las SSTC 50/2000, de 28 de febrero y 299/2000, de 11 de diciembre, mientras que en todos los demás supuestos analizados se ha desestimado el amparo por entender que no concurría la necesaria conexión de antijuridicidad entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada, o se ha reenviado la causa al Tribunal de instancia para que se pronuncie expresamente sobre la existencia o no de dicha conexión de antijuridicidad”. Véase PLANCHADELL GARGALLO, A. *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial (Comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Aranzadi, Pamplona, 2014, págs. 124 y 125.

hechos con base en una prueba obtenida de manera ilícita, o respetar su derecho al debido proceso y dictar una sentencia absolutoria.

SEGUNDA: Desde un punto de vista de defensa a ultranza del ideal de justicia que se persigue con cualquier procedimiento judicial, se sostiene que es necesario valorar todos y cada uno de los medios de prueba que sean pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, independientemente del modo en que los mismos fueron obtenidos. Solo así se podrá saber con certeza qué es lo que verdaderamente ocurrió, por lo que sólo de esta forma se podrá dictar una sentencia justa y adecuada al objeto del litigio.

TERCERA: Desde mi punto de vista, no se puede (ni se debe) consentir que en un Estado Social y Democrática de Derecho, como es el español, se lesionen los derechos de unas personas para el beneficio particular de otras a través de la utilización de un medio de prueba de procedencia ilícita. El derecho a la prueba no es un derecho ilimitado, sino que debe enmarcarse dentro de los parámetros fijados por la CE en el marco del conjunto de derechos fundamentales que aquélla establece. No cabe duda de que consentir que en un proceso judicial se violen derechos fundamentales es incompatible con un proceso tramitado con sujeción a las garantías constitucionales. Además, esta situación generaría una clara desigualdad en las posiciones procesales de las partes, ya que se estaría permitiendo la violación de los derechos de una de ellas para favorecer a la parte contraria.

CUARTA: Resulta necesario obtener un equilibrio entre los derechos y garantías que entran en juego a lo largo del proceso, en este caso, el derecho a la prueba y la exclusión de las pruebas ilícitas.

QUINTA: El concepto de “prueba ilícita” hace referencia a aquella prueba para cuya obtención se vulneraron los derechos fundamentales. De ese modo, quedan fuera de este concepto otra clase de irregularidades procesales que podrán ser subsanadas.

SEXTA: El art. 11.1 LOPJ sanciona con la ineficacia absoluta a la prueba obtenida ilícitamente. Ello implica que dicha prueba no pueda ser admitida en el proceso, no pueda ser practicada a lo largo del juicio ni valorada por el órgano judicial para fundamentar su sentencia. Pero es más, esta sanción de ineficacia también se aplica a la prueba “derivada” o “refleja”, que es aquella que, en principio, tiene un origen

lícito, pero sin embargo, deriva de una prueba ilícita anterior en el sentido de que no se podría haber obtenido de no haber sido por la previa obtención de otra prueba que cabe calificar como ilícita.

SÉPTIMA: La declaración de ilicitud de la prueba no implica que los hechos que se hayan conocido mediante dichos medios de prueba no sean ciertos o hayan dejado de existir. Consecuentemente, nada impide que esos hechos que hayan quedado acreditados con los respectivos medios de prueba ilícitos puedan ser demostrados y aportados al proceso, siempre y cuando para ello se aporten otras pruebas válidas e independientes de aquella que ha sido declarada ilícita.

OCTAVA: Es precisamente este aspecto el que, bajo mi punto de vista, resulta más controvertido: la determinación de cuándo una prueba es independiente de otra y, por lo tanto, puede ser admitida y valorada por el tribunal.

NOVENA: Algunas de las excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado han sido objeto de numerosas críticas que, bajo mi punto de vista, son bastante acertadas y plantean dilemas para los que es difícil dar una respuesta clara y concisa. En mi caso, considero que la teoría del nexo causal atenuado y la doctrina de la prueba obtenida por un particular son las más controvertidas y difíciles de justificar.

DÉCIMA: La doctrina del nexo causal atenuado permite valorar pruebas que, de alguna manera, siguen vinculadas con el acto ilícito originario. Sin embargo, la concurrencia de los distintos factores expuestos cuando se estudiaba esta teoría (sobre todo, el carácter voluntario de las declaraciones autoinculpatorias de los acusados) permite afirmar que el nexo de causalidad entre la prueba ilícita originaria y las derivadas de la misma se ha visto atenuado o debilitado. Por ello, entiendo que, si bien las pruebas derivadas no son completamente independientes de la ilícita originaria, existe un cierto grado de independencia entre las unas y las otras que justifica su admisibilidad y valoración.

DECIMOPRIMERA: La doctrina de la prueba obtenida por un particular no hace ningún tipo de referencia a la relación de causalidad que existe entre la prueba ilícita originaria y las derivadas de la misma. Ello sucede porque esta teoría justifica la admisibilidad y valoración de una prueba obtenida por un particular con vulneración de derechos fundamentales en dos argumentos: que el comportamiento de este sujeto no

tuviere por fin recopilar evidencias y, además, que no hubiere colaborado con los funcionarios públicos dedicados a la persecución del hecho delictivo.

DECIMOSEGUNDA: Desde mi punto de vista, los referidos argumentos que utiliza el TS para permitir la valoración de las pruebas así obtenidas no son suficientes para excluir la aplicación de la regla de exclusión en estos casos. Es cierto que la aplicación de esta teoría no llega a incentivar que las partes realicen comportamientos anticonstitucionales para recopilar evidencias, porque precisamente uno de los requisitos que exige la aplicación de esta doctrina es que el acto anticonstitucional por el cual se obtienen las evidencias no estuviere destinado a recopilar material probatorio que aportar al proceso. Sin embargo, ello no quiere decir que estas pruebas no hayan sido obtenidas en contra de los derechos fundamentales de otra persona; de hecho, es algo que ni siquiera se discute. Es por ello por lo que, bajo mi humilde opinión, esta excepción jurisprudencial atenta contra uno de los principios básicos en materia de prueba ilícita: la inadmisión de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

DECIMOTERCERA: También debo decir que la aplicación de estas teorías responde a una cierta necesidad jurídica, pero también social, de evitar que hechos ilícitos conocidos y probados no reciban el castigo que merecen. Una aplicación demasiado restrictiva de la sanción de ineficacia prevista en el art. 11.1 LOPJ puede llevar a resultados poco deseados, incluso injustos. Por tanto, considero que toda esta exposición sirve para llegar al mismo punto de partida que se había aludido en primer lugar: la necesidad de lograr un equilibrio entre los derechos y garantías que entran en juego a lo largo de un proceso, en este caso, el derecho a la prueba y la exclusión de las pruebas ilícitas.

## **IX. BIBLIOGRAFÍA**

ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*. Bosch, Barcelona, 2005.

ANDINO LÓPEZ, J. A. “La doctrina de los frutos del árbol prohibido”, en *Diario La Ley*, núm. 8943, 2017.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “La función de las garantías en la actividad probatoria”, en AA.VV. *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993.

AMBOS, K. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 325-360.

ASENCIO MELLADO, J. M. “Artículo 287. Ilícitud de la prueba”, en GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso Civil Práctico*, 4ª ed., La Ley, Madrid, 2010, págs. 115-155.

ASENCIO MELLADO, J. M. “La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de los derechos fundamentales”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 66, 2009, págs. 85-100

ASENCIO MELLADO, J. M. “Prueba ilícita: declaración y efectos”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 26, 2012, págs. 1-55.

ASENCIO MELLADO, J. M. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Trivium, Madrid, 1989.

BELLIDO PENADÉS, R. “La prueba ilícita y su control en el proceso civil”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, págs. 77-114.

CALDERÓN ARIAS, E. “La prueba ilícita. Una cuestión de concepto”, en *Derecho & Sociedad*, núm. 57, 2021, págs. 1-23.

DE LA ROSA RODRÍGUEZ, P. I. “La prueba ilícita en el sistema acusatorio: una mirada a las regulaciones española, alemana y americana en torno a su prohibición y excepciones”, en *Tlatemoani: revista académica de investigación*, núm. 16, 2014, págs. 181-210

DE URBANO CASTRILLO, E. Y TORRES MORATO, M. A. *La prueba ilícita penal*. 6ª ed, Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra, 2012.

DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría General de la Prueba Judicial*. 5ª ed, Temis, Bogotá, 2002.

DÍAZ CABIALE, J. A. Y MARTÍN MORALES, R. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Civitas, Madrid, 2001.

GÁLVEZ MUÑOZ, L. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de Derechos Fundamentales*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso civil práctico*. 4ª ed. La Ley, Madrid, 2010.

GÓMEZ COLOMER, J. L. “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: Del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 107-147.

GUASP, J. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Aguilar, Madrid, 1947.

JIMÉNEZ SEGADO, C. “La prueba ilícita y las reglas de ‘desconexión’ de sus efectos”, en *La Ley Penal*, núm. 58, 2009.

JORGE BARREIRO, A. “La prueba ilícita en el proceso penal”, en *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación*. Volumen II (1992), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Akal, Madrid, 1989.

MADRID BOQUÍN, C. M. *La prueba ilícita en el proceso civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

MARTÍN OSTOS, J. “Artículo 287”, en LORCA NAVARRETE, A. M. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 1775-1777.

MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MEDINA CEPERO, J. R. “La ilicitud de la prueba en el proceso civil”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7, 2022, págs. 187-205.

MIRANDA ESTRAMPES, M. *El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2ª ed., J.M. Bosch, Barcelona, 2004.

MIRANDA ESTRAMPES, M. “La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones” en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Mayo, 2010, págs. 131-151.

MIRANDA ESTRAMPES, M. “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 47, 2003, págs. 53-66.

MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*. 7ª ed. Thomson Civitas, Navarra, 2012.

MONTERO AROCA, J. Y FLORS MATÍES, J. *Tratado de recursos en el proceso civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MORENO CATENA, V. “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de los derechos fundamentales durante la investigación penal”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 75-106.

PASTOR BORGÑOÓN, B. “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Justicia: Revista de Derecho Penal*, núm. 2, 1986, págs. 337-368.

PÉREZ CEBADERA, M. A. “La prueba ilícita en el proceso civil”, en *El Derecho: Revista de Jurisprudencia*, año VII, núm. 1, 2011, págs. 1-8.

PICÓ I JUNOY, J. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. J.M. Bosch, Barcelona, 1996.

PICÓ I JUNOY, J. “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2005, págs. 59-100.

PLANCHADELL GARGALLO, A. *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial (Comentario a las sentencias que marcan el camino)*. Aranzadi, Pamplona, 2014.

PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Aranzadi, Pamplona, 1985.



RICHARD GONZÁLEZ, M. “Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la ‘lista falciiani’ para fundar una condena por delito fiscal”, en *Diario La Ley*, núm. 8946, 2017.

RIVES SEVA, A. P. “Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita”, en *Noticias Jurídicas*, 2010.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. “*Exclusionary rules* y garantías procesales en el ordenamiento procesal penal español”, en *Diario La Ley*, núm. 8203, 2013.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I. “Los servicios de los detectives privados: Licitud y valor de sus investigaciones”, en *Revista General de Derecho*, núm. 620, 1996, págs. 5106-5109.

VAREA ORBEA, J. “El control judicial de la prueba ilícita en el proceso civil español”, en ABEL LLUCH, X. Y PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *Objeto y carga de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2007, págs. 393-418.

VELASCO NÚÑEZ, E. “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del ‘fruto del árbol envenenado’: correcciones actuales y tendencias de futuro”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 12, 1996, (ejemplar dedicado a: Medidas restrictivas de derechos fundamentales) págs. 425-463.

## **X. JURISPRUDENCIA**

### **1. Audiencias Provinciales**

- SAP de Almería (Sección 1ª), 100/2006, de 5 de mayo
- SAP de Barcelona (Sección 18ª), 192/2009, de 31 de marzo
- SAP de Madrid (Sección 14ª), 23/2013, de 21 de diciembre
- SAP de Málaga (Sección 5ª), 197/2017, de 17 de abril

### **2. Tribunal Constitucional**

- STC 25/1981, de 14 de julio
- STC 2/1982, de 29 de enero
- STC 114/1984, de 29 de noviembre
- STC 64/1986, de 21 de mayo

- STC 85/1994, de 14 de marzo
- STC, 86/1995, de 6 de junio
- STC 49/1996, de 26 de marzo
- STC 54/1996, de 26 de marzo
- STC 81/1998, de 2 de abril
- STC 161/1999, de 27 de septiembre
- STC 50/2000, de 28 de febrero
- STC 22/2003, de 10 de febrero
- STC 43/2003, de 3 de marzo
- STC 99/2004, de 27 de mayo
- STC 165/2004, de 4 de octubre
- STC 3/2005, de 17 de enero
- STC 30/2007, de 12 de febrero
- STC 44/2009, de 12 de febrero
- STC 133/2003, de 30 de junio
- STC 111/2011, de 2 de agosto
- STC 212/2013, de 16 de diciembre
- STC 216/2013, de 19 de diciembre
- STC 130/2017, de 13 de noviembre

### **3. Tribunal Supremo**

- STS, Sala Segunda, 974/1997, de 4 de julio
- STS, Sala de lo Penal, 885/2002, de 21 de mayo
- STS, Sala Segunda, 1451/2003, de 26 de noviembre
- STS, Sala Primera, 386/2007, de 29 de marzo
- STS, Sala de lo Penal (Sección 1ª), 602/2007, de 4 de julio
- STS, Sala Primera, 839/2009, de 29 de diciembre
- STS, Sala Primera, 175/2010, de 8 de abril
- STS, Sala Primera, 659/2010, de 28 de octubre
- STS, Sala Primera, 278/2011, de 28 de abril
- STS, Sala de lo Penal (Sección 1ª), 927/2012, de 27 de noviembre
- STS, Sala de lo Penal (Sección 1ª), 116/2017, de 23 de febrero

### **4. Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

- STEDH Malone c. Reino Unido, de 2 de agosto de 1984