

DANIEL PUEBLA VIGO

**ESTUDIO SOBRE LA PRUEBA  
ILÍCITA EN ÁMBITO PENAL**

TRABAJO DE FINAL DE GRADO

Dirigido por el Dr. Albert González Jiménez

**Grado en Derecho**



UNIVERSITAT  
ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2022-23

Este TFG se ha desarrollado en la modalidad de:

Trabajo de Investigación:

La investigación se presenta siguiendo las normas para autores previstas en la Revista del Ministerio de Justicia – Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/about/submissions#authorGuidelines>

Simulación de Juicio

Dictamen/informe

APS

TFG Vinculado a prácticas

**Resumen:**

La prueba ilícita se ha construido a través de las sentencias del Tribunal Constitucional y a pesar de los intentos del legislador para integrarla en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todavía no hay un marco específico que la regule.

A través del presente trabajo, y partiendo del estudio de la prueba, especialmente en el marco del proceso penal, se aborda la cuestión de la prueba ilícita, desde el estudio de sus tipologías, excepciones y consecuencias que se derivan en el marco del proceso a través del análisis de las sentencias más relevantes sobre la misma.

**Resum:**

La prova il·lícita s'ha construït a través de les sentències del Tribunal Constitucional i tot i els intents del legislador per integrar-la a la Llei d'Enjudiciament Criminal, encara no hi ha un marc específic que la reguli.

A través del present treball, i partint de l'estudi de la prova, especialment dins del marc del procés penal, s'aborda la qüestió de la prova il·lícita, des de l'estudi de les seves tipologies, excepcions i conseqüències que es deriven en el marc d'un procés a través de l'anàlisi de les sentències mes rellevants sobre la mateixa.

**Abstract:**

The illegal evidence had been built through the rulings of the Constitutional Court and despite the legislator's attempts to integrate it into the Criminal Procedure Act, there was still no specific framework regulating it.

Through this work, and starting from the study of evidence, especially in the framework of criminal proceedings, the issue of illegal evidence is addressed, from the study of its typologies, exceptions and consequences arising in the context of the process through the analysis of the most relevant judgments on it.

**Palabras clave:** Derechos Fundamentales – Doctrina de los frutos del árbol envenenado  
Proceso Judicial – Prueba ilícita - Tribunal Constitucional.

**Paraules clau:** Drets Fonamentals - Doctrina dels Fruits de l'Arbre Enverinat – Procés  
judicial - Prova il·lícita - Tribunal Constitucional.

**Key Words:** Constitutional Court – Doctrine of the fruits of the poisonous tree –  
Fundamental Rights - Illegal evidence – Judicial process.

## **Agradecimientos:**

Me gustaría agradecer, en primer lugar, al Dr. Albert González Jiménez por su incondicional ayuda, por sus consejos y sobre todo la paciencia que ha tenido conmigo a la hora de resolverme dudas y guiarme al largo de este trabajo en los momentos de más dificultad.

En segundo lugar, quiero dar las gracias a mi tutor de prácticas Excmo. Sr. Vicente José Martínez Pardo, Magistrado del Juzgado de Instrucción Núm. 3 de Tarragona, por ayudarme a sentar las bases del presente trabajo, por sus recomendaciones en cuanto autores y libros los cuales he usado, así como también por sus gratas explicaciones que sin duda me han sido esenciales para entender y sintetizar las sentencias tratadas al largo del presente trabajo.

## ÍNDICE

<b>1</b>	<b>Introducción.....</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>Principios del proceso penal.....</b>	<b>8</b>
<b>3</b>	<b>La prueba en el proceso judicial.....</b>	<b>10</b>
3.1	La prueba.....	10
3.1.1	Declaración denunciantes y querellantes.....	11
3.2	Características de la prueba.....	11
3.3	Obtención de la prueba.....	12
3.3.1	La prueba preconstituida.....	13
3.3.2	La prueba anticipada.....	14
3.3.3	El atestado policial.....	15
3.4	La incorporación de la prueba al proceso judicial.....	16
3.5	La prueba indiciaria.....	18
<b>4.</b>	<b>La prueba ilícita.....</b>	<b>19</b>
4.1	Concepto, definición y diferencias con la prueba irregular.....	19
4.2	Tipologías de prueba ilícita.....	21
<b>5.</b>	<b>Marco normativo sobre la ilicitud probatoria.....</b>	<b>22</b>
5.1	Regulación actual sobre la prueba ilícita.....	22
5.2	Proyectos normativos sobre la prueba ilícita.....	23
5.2.1	Anteproyecto de 2011.....	24
5.2.2	Propuesta de Código Procesal Penal de 2013.....	25
5.2.3	Anteproyecto de 2020.....	26
5.3	Evolución jurisprudencial del concepto de prueba ilícita y la doctrina de los frutos del árbol envenenado.....	27
5.3.1	Excepciones a la <i>doctrina de los frutos del árbol envenenado</i> .....	29
5.3.2	STC 114/1984, de 29 de diciembre.....	31
5.3.3	STC 81/1998, de 2 de abril.....	33
5.3.4	STC 22/2003, de 10 de febrero.....	34
5.3.5	Especial atención la STC 97/2019, de 16 de julio “Caso Falciani”.....	36
<b>6</b>	<b>La denuncia de la ilicitud probatoria.....</b>	<b>40</b>
6.1	El momento procesal.....	40
6.2	El incidente de nulidad.....	42
6.3	Las consecuencias de la declaración de la ilicitud probatoria.....	43
<b>7</b>	<b>Conclusiones.....</b>	<b>44</b>
	<b>Bibliografía.....</b>	<b>46</b>
	<b>Otras referencias.....</b>	<b>50</b>
	<b>Legislación y anteproyectos utilizados.....</b>	<b>51</b>

## SIGLAS Y ABREVIATURAS

Art/s	Artículo/artículos
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CE	Constitución Española de 1978
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
FJ	Fundamento Jurídico
LAJ	Letrado de Administración de Justicia
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
MF	Ministerio Fiscal
Pg/s	Página/Páginas
RD	Real Decreto
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

# **1 Introducción**

En todo procedimiento judicial la prueba constituye un aspecto fundamental a la hora de que el Juez pueda dictar sentencia.

La obtención de la prueba se debe hacer siguiendo los requisitos establecidos en la Constitución y la ley para garantizar que esta es veraz y auténtica, ya que de no ser así el proceso se verá viciado.

Para garantizar un proceso justo, saber reconocer y determinar la prueba ilícita o irregular delante de un litigio es algo esencial y que no siempre se produce. La regulación jurídica en España sobre que es la prueba ilícita e irregular es escasa, a pesar de ser un obstáculo que puede poner en cuestión la licitud y la igualdad de las partes en el seno de un procedimiento judicial penal.

El objetivo de este Trabajo de Final de Grado es, por un lado ver que es la prueba en términos genéricos, y por otro lado conocer en profundidad que es la prueba ilícita en ámbito penal, analizar la regulación actual sobre ella en el ordenamiento jurídico español y examinar algunas de las sentencias del Tribunal Constitucional que le ha dado forma, debido a la importancia que debe tener su reconocimiento delante de un litigio para ser denunciada, ya que su no-identificación puede suponer un perjuicio notable para cualquiera de las partes y producir indefensión.

## 2 Principios del proceso penal

Para adentrarnos dentro del proceso judicial penal debemos conocer los principios que le son inherentes<sup>1</sup>. El primero de ellos es el principio de legalidad que encontramos en el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978 (CE en adelante), es un pilar fundamental del estado de derecho ya que somete a los poderes públicos al imperio de la ley, y establece que estos no podrán castigar sin que haya una norma que así lo prevea y lo permita, debiendo siempre garantizar el principio *in dubio pro-reo*, que significa que, en caso de duda sobre la culpabilidad del reo, no se le deberá condenar.

El segundo de ellos es el derecho a un proceso justo, que requerirá, sin duda alguna, que el encargado de juzgar sea el “*juez ordinario predeterminado por la ley*” (art. 24 CE), es decir, “*en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional*”, y también “*que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente.*”<sup>2</sup>. Este derecho no sería pleno si no le fuesen inherentes los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad y libertad de prueba, así como también el principio de presunción de inocencia, esencial en el proceso penal, contemplado en el artículo 24.2 CE. Debemos destacar también el principio acusatorio, que nos muestra que sin acusación no se puede condenar a nadie.

La justicia es un valor supremo junto con la libertad y la igualdad, y por ello, el último, pero no menos importante de los principios del proceso penal es el de equilibrio y proporcionalidad (art 1.1 CE), que nos viene a decir que las penas que se apliquen deben ser proporcionales a la gravedad del hecho, y necesarias para el caso concreto.

---

<sup>1</sup> RUÍZ VADILLO, E- *Los Principios del proceso penal*. Dialnet Uniroja. (1995)

<sup>2</sup> Sala Primera. Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1983, de 31 de mayo (BOE núm. 144 de 17 de junio 1983). Recurso de amparo 148-1981. Derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. Fundamento Jurídico segundo.

El proceso penal tiene distintas fases que varían función de la pena máxima del presunto delito que se contemple el Código Penal<sup>3</sup> (CP en adelante) y del procedimiento aplicable.

Existen 5 fases<sup>4</sup>, la primera de ellas es la fase de inicio que se da cuando las autoridades judiciales reciben la *notitia criminis*. Una vez recibida y valorada, se iniciará la fase de instrucción, dónde el Juzgado de Instrucción competente realizará todas las actuaciones que considere oportunas para esclarecer los hechos, y una vez finalizada, se dará pasó a la fase intermedia dónde el juez instructor podrá decretar sobreseimiento o archivo (art. 637 Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>5</sup>, LECrim en adelante), seguir con la investigación, valorar si debe transformar el procedimiento o si se da la apertura del juicio oral. En caso de darse la siguiente fase, la apertura del juicio oral podrá ser juzgador el propio el propio Juez Instructor<sup>6</sup>, o sino remitirá todas las actuaciones al Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial<sup>7</sup>, siendo en esta fase donde se practicarán todas las pruebas que servirán para fundamentar la sentencia.

Por último, una vez obtenida la sentencia, si esta es condenatoria se dará la fase de ejecución, que será cuando se llevarán a cabo las penas o medidas de seguridad que establecidas en la sentencia.

---

<sup>3</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

<sup>4</sup> Información extraída de “Proceso penal. ¿Qué fases tienen el proceso penal?” - *Guías Jurídicas* (01/2023) Recuperado de:

[https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAU Njc0tDfbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAf1UAwzUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAU Njc0tDfbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAf1UAwzUAAAA=WKE)

<sup>5</sup> Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

<sup>6</sup> Solo en delitos leves.

<sup>7</sup> Juzgará el Juez de lo Penal si la pena es inferior a 5 años, y si es superior la Audiencia Provincial.

### 3 La prueba en el proceso judicial

#### 3.1 La prueba

En todo proceso judicial el objetivo de las partes es convencer al juzgador de una serie de hechos, para obtener una resolución motivada. El artículo 24.2 de la CE contempla el principio de presunción de inocencia y el uso de la prueba como parte inherente y esencial en todo procedimiento, dónde su validez y acreditación será determinante en el momento de dictar la sentencia (art. 741 LECrim) que podrá ser condenatoria, o absolutoria.

La prueba la podemos definir como “*la actividad procesal que tiene por objeto conseguir la convicción del juzgador sobre la realidad de los hechos en que se fundamentan las pretensiones de las partes*”<sup>8</sup>. Se puede aplicar en ámbitos genéricos respondiendo al principio de ‘*da mihi factum tibi dabo ius*’<sup>9</sup>.

En el presente estudio nos enfocaremos en el ámbito penal, dónde esta jurisdicción dispone de más facultades que otras, prevalece la verdad material y tiene plena validez la prueba indiciaria (véase apartado 3.5) o circunstancial.

Debemos distinguir la prueba de las diligencias de instrucción, las cuales no son prueba y se dan solo en la fase de instrucción teniendo como finalidad descubrir hechos para que el proceso avance. Las pruebas verifican las informaciones obtenidas pudiendo enervar la presunción de inocencia (art 24 CE), siendo determinantes para el juez a la hora de dictar sentencia.

Las podemos clasificar de muchas formas, según el objeto (directas o indirectas), la forma (escritas u orales), resultado, el grado (principales o secundarias), finalidad, etc. Sin embargo, el medio de prueba que suele tener más relevancia en ámbito penal suele ser la prueba testifical, y la declaración de denunciantes y querellantes (véase apartado 3.1.1).

---

<sup>8</sup> PUERTA LUÍS, L.R – “La prueba en el proceso penal”- *Dialnet*. (2000). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1706461.pdf>

<sup>9</sup> Información extraída de “¿Qué significa la expresión Da mihi factum dabo tibi ius?”– *Guías Jurídicas – LALEY* (01/2023). [https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFIjTAAAUUNTUzMDtbLUouLM\\_DxbIwMDC0NDaxOOOGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAUppjUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFIjTAAAUUNTUzMDtbLUouLM_DxbIwMDC0NDaxOOOGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAUppjUAAAA=WKE)

### 3.1.1 Declaración denunciantes y querellantes

La declaración es un elemento clave en un procedimiento, pero hay casos en que la única prueba con suficiente entidad dentro del procedimiento sea la declaración de quien denuncia, sin embargo la jurisprudencia ha establecido una serie de reglas para aceptar sus manifestaciones tanto por parte del denunciado como del denunciante, que son primeramente el no haber motivo para pensar una actuación con mala fe y fraude del interrogatorio siendo necesaria la contundencia en sus declaraciones y que estas tengan una interrelación es decir, que sean contundentes, coherentes, creíbles y sobre todo que no haya contradicciones al largo del proceso<sup>10</sup>.

### 3.2 Características de la prueba

En nuestro sistema penal los medios de prueba no están tasados<sup>11</sup> y desde la promulgación de la Constitución Española de 1978 el Tribunal Constitucional (TC en adelante) los ha ido configurando a través de sus sentencias.

Para que la prueba sea válida debe ser practicada en el juicio oral (con la excepción de la prueba preconstituida y la prueba anticipada (véase apartados 3.3.1 y 3.3.2)) con los principios de oralidad (art 229.1 LECrim), inmediación (art 229.2 LECrim), publicidad (art 681 LECrim), concentración y contradicción, sin olvidar que la pertinencia de la prueba con el objeto enjuiciado es esencial<sup>12</sup>. Todo el proceso de obtención y custodia de la prueba debe estar debidamente documentado para garantizar, por un lado la no-contaminación, y por otro que la prueba se ha obtenido de acuerdo con los requisitos legales para poder ser sometida al principio de contradicción (ya mencionado) con las partes del proceso, para así ser finalmente valorada por el juez. La práctica de la prueba la realizamos en el juicio oral y para que tenga valor probatorio tiene como requisito

---

<sup>10</sup> LÓPEZ YAGÜES, V., Sonia Calaza López, ASENCIO MELLADO, J. M., Gonzalo del Río Labarthe, FUENTES SORIANO, O., Rizo Gómez, M. B., Ruiz de la Cuesta Fernández, S., Yolanda Doig Díaz, Mercedes Fernández López, Carmen Cuadrado Salinas, & Virtudes Ochoa Monzó. Derecho Procesal Penal. Tirant lo Blanch. (2019). Pgs 409-410. <https://biblioteca-tirant-com.sabidi.urv.cat/cloudLibrary/ebook/info/9788413362373>

<sup>11</sup> MUÑOZ CUESTA, J- “La prueba en el proceso penal”. *Memento experto – Francis LeFebvre*. Marcial Ponts (23/09/2020) Recuperado de <https://www.marcialpons.es/media/pdf/PRUEBAPENAL.pdf>

<sup>12</sup> MARTÍNEZ GÁLVEZ, G. “La prueba válida en el proceso penal” - LEMAT abogados y consultores. (03/2020) Recuperado de <https://lematabogados.com/blog/la-prueba-valida-en-el-proceso-penal/>

procesal la *irrepetibilidad* que se “*relaciona con el carácter del acto de investigación y el momento en que este es ejecutado*”. Se trata de un presupuesto que no se encuentra en la ley, pero sí en la jurisprudencia y es de carácter relativo, por lo que debe ser valorado en cada situación<sup>13</sup>.

### 3.3 Obtención de la prueba

Para empezar a hablar de la obtención de la prueba primero tenemos que definir y distinguir la ‘fuente de la prueba’, de los ‘medios de prueba’. Cuando hablamos de la ‘fuente de la prueba’ la podemos definir como “*los hechos percibidos por el juez y que le sirven para la deducción del hecho a probar*” (CARNELUTTI. 1982: 89)<sup>14</sup>, es un concepto extrajurídico, anterior al proceso y existe independientemente de él. La fuente se manifiesta a través de los medios de prueba y podemos afirmar que los elementos que la constituyen son aquellos que existen en la realidad, son los que efectivamente percibe el juez y de los cuales podrá deducir el hecho que se va a probar<sup>15</sup>. Por otro lado, los ‘medios de prueba’ los podemos definir como “*el instrumento, cosa o circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción. La prueba se produce por algunos de los medios que la ley admite y así es motivo de prueba la declaración por un testigo veraz del hecho por el presenciado.*” (ALSINA. 1958: 230)<sup>16</sup>. Los medios de prueba si son conceptos jurídicos, y consisten en aquellas actividades que se deben usar para incorporar las fuentes al proceso, los medios se forman durante el proceso y pertenecen a él, y se utilizan para provocar el pleno convencimiento del juzgador de que el hecho está completamente verificado.

---

<sup>13</sup> LÓPEZ YAGÜES, V [...] Pgs 396-398 - OP. Cit. Pg. 11.

<sup>14</sup> Vásquez, L. A. A. “Diferencias entre medio, fuente y objeto de la prueba”. *Cuestiones jurídicas*, 1(2), 2.1. Fuentes de la prueba. Concepto (2007). Pg 58. Información extraída de CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*. Ediciones Depalma. Segunda edición. (1982). Buenos Aires. <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127519340004.pdf>

<sup>15</sup> Vásquez, [...] Pg 66. 2.4. Diferencias entre las nociones de fuente, medio y objeto de la prueba. Op. Cit. Pg. 12

<sup>16</sup> Vásquez, L. A. A. [...] 2.2 medios de prueba, Pg 60. Información extraída de ALSINA, Hugo. (1958). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Ediar Soc. Anon. Editores. Buenos Aires. Op. Cit. Pg. 12

Las pruebas las podemos clasificar<sup>17</sup> según la relación entre el órgano judicial y la fuente. Se considera directa cuando no existe un elemento un interpuesto entre el órgano judicial y la fuente de la prueba (ej. reconocimiento judicial), y se considera indirecta en el momento en que existe un intermediario entre el órgano judicial y la fuente de prueba.

En cuanto al objeto podemos hablar de directa cuando se practica “*un medio de prueba dirigido a acreditar el supuesto de hecho de la norma jurídica cuya aplicación se solicita*” e indirecta la podemos entender como la prueba indiciaria (véase apartado 3.5)<sup>18</sup>.

La prueba personal se define como aquella que recae en una persona (prueba testifical, pericial, declaración del acusado, etc.) y la real aquella que recae en documentos.

Finalmente, la prueba puede ser plena cuando existe pleno convencimiento del juzgador y la semiplena cuando a pesar de generar cierta duda alcanza por el Tribunal mera probabilidad de verosimilitud del objeto de prueba.

### **3.3.1 La prueba preconstituida**

Es un concepto que ha sido eminentemente creado a través de la jurisprudencia debido a que no hay una definición legal como tal, pero la podemos definir como aquel “acto de investigación de carácter material no personal practicado por la Policía<sup>19</sup> el Ministerio Fiscal o Juez de Instrucción que ha sido ejecutado en las fases anteriores del Juicio Oral por la imposibilidad de practicarse en el propio Juicio”<sup>20</sup> donde será introducida con las garantías de contradicción por las partes, tanto por la acusación como la defensa<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, N., Xulio Xosé Ferreiro Baamonde, José Ramón Piñol Rodríguez, Neira Pena, A. M., Alberto Varona Jiménez, Agustín Jesús Pérez Cruz Martín, & Roca Martínez, J. M. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch (2020). Pgs. 493-495 <https://biblioteca-tirant-com.sabidj.urv.cat/cloudLibrary/ebook/info/9788413555485>.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, N. [...] Pg 493,494. OP. Cit. Pg. 13

<sup>19</sup> por ejemplo los atestados que define el artículo 297 LECrim

<sup>20</sup> Ej: atestados, test de alcoholemia, informes forenses (autopsias).

<sup>21</sup> LÓPEZ YAGÜES, V., [...] Pgs 400-401. Op. Cit Pg. 11.

Otra prueba preconstituida podrá ser la declaración de testigos y pericial, prevista en los artículos 448, 449, 449 *bis* y 467.2 de la LECrim, en casos legalmente previstos cuando esta no pueda practicarse en el acto de la Vista Oral<sup>22</sup>.

Su validez estará condicionada a haber cumplido con exactitud el procedimiento que establece la ley ya que de no haberse realizado así, derivará en su nulidad a efectos probatorios.

### 3.3.2 La prueba anticipada

La prueba anticipada la podemos encontrar en los artículos 293 a 298 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>23</sup> (LEC en adelante) y regulada en el art. 777.2 LECrim, constituyendo una excepción del art. 741 LECrim, y se entiende por aquella prueba que se practica de forma previa al Juicio Oral cuando haya riesgo de no poder ser practicada en el periodo ordinario previsto en la norma.

Guardando una estrecha relación con la prueba preconstituida, la prueba anticipada es aquella que debería practicarse en la fase del Juicio Oral, pero por causas de fuerza mayor se practica de forma previa<sup>24</sup>, (a diferencia de la prueba preconstituida, que se lleva a cabo en la fase de sumario o instrucción y que por sus características no puede ser reproducida). La prueba anticipada se debe realizar de la misma forma que en el Juicio Oral, debe quedar documentada y registrada con el sistema más idóneo de grabación o en el peor de los casos mediante Acta del Letrado de Administración de Justicia (en caso de no disponer de los medios suficientes) que permita poder reproducirla de forma íntegra en la vista<sup>25</sup>.

Para su práctica el juez de Instrucción deberá justificar las causas que determinan su *irrepetibilidad* y se deberá practicar con las partes, siendo requisito indispensable la

---

<sup>22</sup> Información extraída de “La prueba preconstituída”. – *Guías Jurídicas LALEY (2019)*. Recuperado de [https://guiasjuridicas.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUNjC1NTtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA8qVw4DUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUNjC1NTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA8qVw4DUAAAA=WKE)

<sup>23</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

<sup>24</sup> Ej: Testimonios que deben declarar, pero se encuentran en riesgo inminente de muerte. Art. 448 LECrim determina las causas para la prueba anticipada testifical.

<sup>25</sup> LÓPEZ YAGÜES, V., [...] Pgs. 400-404. OP. Cit. Pg. 11.

comparecencia del abogado del imputado, ya que de no hacerse así la prueba podría ser declarada nula.

Para que la prueba anticipada alcance el valor probatorio se debe reproducir de la misma forma en la que fue obtenida previamente (audiovisuales, etc.) y de poder repetirse esta en la vista se podrá practicar, y se hará de forma íntegra dejando sin efecto la anticipada.

### **3.3.3 El atestado policial**

Son numerosos los procesos que se incoan a través del atestado policial, que a pesar de no ser una prueba en sí misma puede llegar a tener la consideración de prueba dentro del proceso<sup>26</sup>.

Partiendo de la definición del art 297 LECrim (en relación con el artículo 292 LECrim), dispone que *“Los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de Policía judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales. Las demás declaraciones que prestaren deberán ser firmadas, y tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio.”*

Se debe destacar que el valor probatorio en juicio se da únicamente si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de policía que han firmado el atestado porqué sino, una sentencia basada únicamente con un atestado que no ha sido ratificado, vulnera el derecho de la presunción de inocencia (art 24.2 CE), sin embargo el atestado dispone de una “virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables [...] como pueden ser planos, croquis, huellas, fotografías que sin estar dentro del perímetro de las pruebas preconstituídas o anticipadas, pueden ser utilizadas como elementos de

---

<sup>26</sup> SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, J. M., “El atestado policial: algo más que una denuncia” - *Noticias Jurídicas*, (01/2010). Recuperado de: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4510-atestado-policial:-algo-mas-que-una-denuncia/>

juicio [...], cuando sean introducidas en el juicio oral como prueba documental con la finalidad de conceder la efectiva contradicción a las partes”<sup>27</sup>.

En referencia al carácter de prueba documental “no tiene, como regla general, el carácter de prueba documental, pues incluso en los supuestos en los que los agentes policiales que intervinieron en el atestado presten declaración en el juicio oral, las declaraciones tienen la consideración de prueba testifical” pero debemos decir que el atestado tiene valor de prueba preconstituída cuando disponga de elementos irrepitibles respecto a aquellas diligencias que se limitan a reflejar de forma fidedigna determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa<sup>28</sup>.

### 3.4 La incorporación de la prueba al proceso judicial

La actividad probatoria esencialmente corresponde a los sujetos procesales, las partes y Ministerio Fiscal (con excepciones) que manifestarán en los escritos de calificación los medios de pruebas que utilizarán y qué practicarán en el procedimiento (art. 656 LECrim), quedando estos así delimitados (art 728 LECrim). Una vez presentados estos escritos se dictará Auto declarando tal calificación “*y mandando que se mande aquélla al Ponente, por término de 3 días*” para que examine las pruebas que se han propuesto (art 658 LECrim), y una vez examinadas, dictará auto admitiendo o denegando las pruebas (art 659 LECrim)<sup>29</sup>.

Para la admisión de las pruebas la reiterada Jurisprudencia<sup>30</sup> exige los criterios de ser pertinentes con el procedimiento, posibles, necesarias e influyentes para que el Tribunal finalmente dicte sentencia<sup>31</sup>. La admisión es no otra cosa que el salvoconducto que franquea el paso de la proposición de la práctica de la prueba (SEOANE

---

<sup>27</sup> DIAZ VELASCO, F – “Valor probatorio del atestado policial: Análisis.” – Diaz Velasco Abogados (2015). Recuperado de <https://www.diazvelasco.com/articulos/atestado-policial-valor-probatorio-analisis/>

<sup>28</sup> STS 364/2015, de 23 de junio de 2015. Jurisprudencia Tribunal Supremo. – “Las declaraciones de los agentes policiales tienen valor de prueba testifical cuando las mismas se realizan en virtud de la percepción directa de la comisión del delito”. *Diario del derecho – Iustel*. (28/10/2015) Recuperado de [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1146413](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1146413)

<sup>29</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, N [...] Pgs 488, 495-496. OP. Cit. Pg. 13

<sup>30</sup> TEDH (S 7/07/89), CASO UNIÓN ALIMENTARIA SANDERS S.A vs ESPAÑA; TC (SS. De 158/1989 de 5 oct.)

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, N [...] Pgs 496-497. OP. Cit. Pg. 13

SPIEGELBERG)<sup>32</sup>. En todo proceso el denunciado debe tener derecho a defenderse de una acusación con todos los medios de prueba pertinentes y que considere (Art. 24.2 CE) pero no da lugar al derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada y corresponde a los Jueces y Tribunales la determinación de la legalidad y la motivación de su admisión o inadmisión (Sentencia del Tribunal Constitucional (STC en adelante) 165/2001, de 16 de julio)<sup>33</sup>.

El TC ha configurado una serie de criterios, a través de sus sentencias, para que los tribunales puedan inadmitan las pruebas<sup>34</sup>. Veremos las tres más relevantes

La primera de las sentencias a tratar es la STC 198/1997, de 24 de noviembre<sup>35</sup> que dice que *“el rechazo irregular de la prueba por el Órgano jurisdiccional no determina necesariamente la vulneración del derecho fundamental en cuestión. [...] la relación de instrumentalidad existente entre el derecho a la prueba y la prohibición de indefensión [...] 1º a utilizar los medios de prueba pertinentes para la hace que la constatación de una irregularidad procesal en materia probatoria”*<sup>36</sup> no sea por sí sola suficiente para que la pretensión de amparo adquiera relevancia constitucional, pues para que así sea el defecto procesal ha de tener una inducción material concreta, por lo que si ésta no se ha producido tampoco cabe apreciar la existencia de indefensión desde la perspectiva constitucional.

La segunda de las sentencias es la STC 25/1997, de 11 de febrero<sup>37</sup>, donde el TC estableció que órgano judicial podrá inadmitir un medio probatorio sin lesionar el derecho fundamental del art 24.2 CE sobre la indefensión, ya que no está obligado a admitirlos todas, pero siempre deberá motivarlo. Solo corresponderá al Tribunal Constitucional la revisión sobre la declaración de pertinencia de las pruebas, cuando esta resulte absurda, incongruente o cuando en él se haya rechazado una diligencia no solo pertinente, sino con trascendencia para modificar el sentido de la decisión final.

---

<sup>32</sup> SEOANE SPIEGELBERG, J.L., “La prueba”, en Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN *et al.*, *Derecho procesal civil*, T. I, 2a ed. (2011), Andavira, Santiago de Compostela.

<sup>33</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, N [...] Pgs 497-499. OP. Cit. Pg. 13

<sup>34</sup> BERNALOA, A. “La prueba en el proceso penal” – *Revista Economist&Jurist.* (7/2020). Recuperado de <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-prueba-en-el-proceso-penal/>

<sup>35</sup> Sala Segunda. SENTENCIA 198/1997, de 24 de noviembre (BOE núm. 312 de 30 de diciembre de 1997)

<sup>36</sup> BERNALOA, A. [...] Op. Cit. Pg 17

<sup>37</sup> Sala Primera. SENTENCIA 25/1997, de 11 de febrero (BOE núm. 63 de 14 de marzo de 1997)

La tercera y última de las sentencias es la STC 232/1998, de 1 de diciembre<sup>38</sup>, que exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en el sentido de que la resolución final del proceso podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia.

### 3.5 La prueba indiciaria

En el proceso penal no siempre tenemos una prueba directa que pruebe un hecho delictivo, por ello encontramos un subtipo de prueba indirecta que tiene su base o fundamento en hechos distintos a los que a la parte acusadora le interesa demostrar, pero que a través de ellos podemos entender que ha ocurrido el hecho que queremos demostrar para así enervar la presunción de inocencia del acusado. El indicio, material o no, permite deducir la existencia de un hecho de forma determinada y dar el camino para determinar las evidencias, que son aquellos elementos ya contrastados que permiten dejar ver con claridad la relación entre las personas investigadas y los hechos que se investigan, con la finalidad de que estas evidencias sean aceptadas por el tribunal como argumentos válidos para entender la plena consumación de los actos, y con ello, constituir la prueba directa y demostrar el hecho enjuiciado, ya que *“de lo contrario se estaría basando una condena sobre meras afirmaciones”*<sup>39</sup>. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció en el año 2002 que los hechos que se están probando y los indicios que los acrediten de forma absoluta irán siempre en una misma dirección/conclusión, para servir de fundamento, y se deberá exponer de forma explícita la participación del acusado con el hecho y dar un enlace lógico-racional entre el hecho-consecuencia<sup>40</sup>.

El hecho presumido es por tanto el que se obtiene de los indicios anteriormente mencionados. Los indicios, como tal, no prueban nada sin un nexo o relación causal que resuelvan con la culpabilidad del denunciado.

---

<sup>38</sup> Sala Segunda. SENTENCIA 232/1998, de 1 de diciembre (BOE núm. 312 de 30 de diciembre de 1998)

<sup>39</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, A – “Indicios, evidencias y pruebas ¿Qué son y en qué se diferencian? – Dexia abogados” (11/2022) – Recuperado de <https://www.dexiaabogados.com/blog/indicios-evidencias-y-pruebas/>

<sup>40</sup> Información extraída de “La prueba de indicios en el proceso penal” – Iberley (08/2019). Recuperado de <https://www.iberley.es/temas/prueba-indicios-proceso-penal-63110>

## 4. La prueba ilícita

### 4.1 Concepto, definición y diferencias con la prueba irregular

En esta segunda parte de este estudio veremos la prueba ilícita y la diferencia que hay de ella con la prueba irregular.

Los pilares básicos de todo Ordenamiento jurídico deben ser los Derechos Fundamentales, y por ello, deben tener una protección especial. El artículo 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>41</sup> (LOPJ en adelante) nos explica que “vincula el concepto de prueba ilícita a la vulneración de derechos fundamentales y, en concreto, establece que “no surtirán efectos las pruebas obtenidas vulnerando, directa o indirectamente, derechos o libertades fundamentales”<sup>42</sup>. El “respeto absoluto” a los Derechos Fundamentales “ha sido abalado” por los dos grandes sistemas jurídicos: el *Common Law*<sup>43</sup> y el *Civil Law* y por ello han querido situar a los Derechos Fundamentales por encima de cualquier otro derecho, porque entienden que son la base y fundamento de todo Estado de Derecho<sup>44</sup>.

La prueba ilícita, en pocas palabras, la podemos definir como: “aquella que infringe derechos fundamentales en su obtención o práctica” y que tiene como consecuencia su nulidad<sup>45</sup>, por otro lado, la prueba irregular es “, [...]la que afecta a una norma legal ordinaria, no constitucional, aunque desarrolle una que sí lo sea”. La prueba ilícita, de acuerdo con la jurisprudencia, concede una doble protección, por un lado, el derecho en si vulnerado, y por otro el derecho a un proceso con todas las garantías<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

<sup>42</sup> PICÓ I JUNOY, J – “La prueba ilícita: un concepto todavía por definir (1) - Premisas básicas [...]” – *DiarioLaLey*. (10/2019).

<sup>43</sup> El modelo estadounidense “*exclusionary rule*” que “pretende disuadir que los órganos policiales estadounidenses vulneren el contenido de diversas de sus Enmiendas [...]”

<sup>44</sup> PICÓ I JUNOY, J. (10/2019) . [...] OP Cit Pg 19

<sup>45</sup> Información extraída de “La Prueba ilícita (proceso penal)”– *Guías Jurídicas*. (01/2023). Recuperado de [https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAEADVOS0\\_DMAZ-NzmiZduFQy5tOSABQqNCXN3EaiNCXGK3LP8elw5Llv09\\_PhesNQer-Ig0OwjZcM1U65fri8LGoGB3cGAlwVSR96d7GI DccUeBIWoBCxN1U5IIF2QnbXno-GJfI5gjSOILm2g7PtiCO7h46Bhz\\_f2aM2KhdXg3uOIWdBMcZyeNGX3A3PklrIUSo86OhB99137z6ftt63t64zuGQV2eIE8omqMUPz0CgrauMZ0Bzxfb2yziOjhQfLbHzY-ae1AsIWEOdxe\\_gXipleTIgEAAA=WKE](https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAEADVOS0_DMAZ-NzmiZduFQy5tOSABQqNCXN3EaiNCXGK3LP8elw5Llv09_PhesNQer-Ig0OwjZcM1U65fri8LGoGB3cGAlwVSR96d7GI DccUeBIWoBCxN1U5IIF2QnbXno-GJfI5gjSOILm2g7PtiCO7h46Bhz_f2aM2KhdXg3uOIWdBMcZyeNGX3A3PklrIUSo86OhB99137z6ftt63t64zuGQV2eIE8omqMUPz0CgrauMZ0Bzxfb2yziOjhQfLbHzY-ae1AsIWEOdxe_gXipleTIgEAAA=WKE)

<sup>46</sup>ASENCIO MELLADO, J.M– “Prueba ilícita: Declaración y efectos. (RI §411305) - 3. La ineficacia absoluta de la prueba ilícita. Diferencia con el derecho a la presunción de inocencia y la nulidad de los actos procesales: B) La denuncia y declaración de la prueba ilícita.” - *Revista General del Derecho Procesal – Iustel*. (2012) Recuperado de [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=411305&d=1](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=411305&d=1)

El profesor PICÓ I JUNOY nos muestra que la diferencia entre la prueba ilícita y la prueba irregular o ilegal “*reside en el carácter o naturaleza de la norma infringida*” es decir, que si la violación reside en un Derecho Fundamental podremos hablar de prueba ilícita, sin embargo, si se ha quebrantado o violado cualquier otro precepto legal infra constitucional hablaremos de prueba ilegal o irregular. siendo esta de libre valoración por el juzgador, ya que no hay ninguna norma que así lo prohíba de forma expresa<sup>47</sup>.

Numerosos autores hacen uso de términos distintos para referirse a una misma definición, resulta curioso encontrar tantas terminologías distintas: prueba ilícita, prueba ilegal, prueba prohibida y prueba irregular, creando cierta confusión a la práctica.

En el léxico jurídico los términos ilícito e ilegal vienen a decir lo mismo, que es un hecho o acto contrario a derecho, pero en ámbito probatorio adquieren diferencias conceptuales y de efectividad en el ámbito penal. En palabras de RAMÍREZ LÓPEZ establece que “*toda ilicitud es una irregularidad, sin embargo, no toda irregularidad es una ilicitud*”<sup>48</sup>.

La doctrina no es unánime en cuanto al uso de los términos prueba ilícita y prueba prohibida. Por un lado, encontramos un sector que le da el mismo significado a ambas expresiones<sup>49</sup> que considera el hacer uso del término prueba prohibida por ser el más genérico, otros autores hacen uso de ambos términos como sinónimos, y por otro sector de la doctrina como es el caso del profesor PICÓ I JUNOY hace uso exclusivo del término de prueba ilícita en aquella prueba obtenida violentando Derechos Fundamentales<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> LÓPEZ RAMIREZ A. – “La prueba ilícita penal”. *Ed. Tirant lo Blanch*. (2019). - Picó i Junoy, Joan, op, cit., pp 290 y ss. Pg 207 Recuperado de <https://biblioteca-tirant-com.sabidi.urv.cat/cloudLibrary/ebook/info/9788491909309>,

<sup>48</sup> LÓPEZ RAMIREZ A. [...] Pg 210. Op. Cit. Pg. 20

<sup>49</sup> GINER ALEGRIA. C.A. “Prueba prohibida y Prueba ilícita”. *Revista ANALES DE DERECHO*. Universidad de Murcia. Núm. 26 ,2008. pp. 579.

<sup>50</sup> CARRANZA BURGUEÑO, C.P– TFG: Estudio Jurisprudencial de la prueba ilícita en el proceso civil.- Universidad de Valladolid - Facultad de Derecho. (01/06/2021). Pgs 17-20  
Recuperado de [https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/48036/TFG-D\\_01196.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/48036/TFG-D_01196.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Volviendo con la prueba irregular, debemos destacar diversos detalles adicionales que la caracterizan y a la vez la distinguen de la prueba ilícita, por un lado que mientras la prueba ilícita se produce en el momento de que se adquiere la fuente de prueba, la prueba irregular se puede producir en cualquier momento del proceso ya que se considera una infracción meramente procesal y de acuerdo con el artículo 231 de la LEC es posible su subsanación (hecho impensable con la prueba ilícita y de acuerdo con el artículo 242 de la LOPJ su nulidad no se extiende al resto de pruebas<sup>51</sup>).

## 4.2 Tipologías de prueba ilícita

La prueba ilícita se trata de aquella prueba que de alguna forma se ha obtenido de forma directa o indirecta vulnerando derechos constitucionales<sup>52</sup>. El criterio que se utiliza es garantista, pero a la vez muy amplio, del cual a pesar de no haber regulación legal de la mano del legislador que nos concrete de forma exhaustiva sus tipologías, la jurisprudencia española y estadounidense han realizado esta labor<sup>53</sup>.

Se han establecido dos criterios, por un lado el criterio temporal que distingue si la ilicitud se ha producido antes del proceso o durante el proceso, y por otro lado el criterio material que distingue el motivo por el cual se ha dado la ilicitud probatoria, es decir, si contraviene una ley de forma explícita, si es meramente un aspecto procesal (que daría lugar más bien a la prueba irregular (véase apartado 4.1), o si se ha obtenido infringiendo Derechos Fundamentales establecidos en la constitución (art 11 LOPJ, Art. 24.2 CE).

El primero de los ejemplos de prueba ilícita es aquella que se ha obtenido a través de la tortura, o el uso de la fuerza física, o a través de tratos inhumanos o degradantes (art. 14 CE) o mediante el uso de engaños o coacciones. También se puede clasificar como prueba ilícita aquella prueba que se ha obtenido violentando el secreto de comunicaciones (art 18.3 CE) (la cual encontramos en numerosas sentencias del TC

---

<sup>51</sup> Información extraída de “La prueba irregular en el proceso penal.” - *Iberley.es*. (04/2022) Recuperado de <https://www.iberley.es/temas/prueba-irregular-proceso-penal-63116>

<sup>52</sup> Art 11 LOPJ. Constitución Española 1978, Capítulo II, “Derechos y Libertades”, Sección 1ª. De los derechos fundamentales y las libertades públicas. Arts 14 a 29.

<sup>53</sup> GÓMEZ COLOMER, J.L - “*Prueba y proceso Penal - Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*”. Ed. Tirant lo Blanch. (2008) Pgs 114 a 121.

como por ejemplo en la STC 114/1984, de 29 de diciembre que dio lugar a la “*teoría de los frutos del árbol envenenado*” (véase apartado 5.3.2).

La última de las tipologías que se podría clasificar como prueba ilícita aquella que contraviene el principio de indefensión y la igualdad de partes en el proceso, son las pruebas obtenidas mediante la manipulación de pruebas físicas y/o documentales.

## **5. Marco normativo sobre la ilicitud probatoria**

A través de la sentencia del Tribunal Constitucional STC 114/1984 (véase apartado 5.3.2) dio lugar el art 11.1 de LOPJ:

*“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.”*

### **5.1 Regulación actual sobre la prueba ilícita**

El artículo 11.1 de la LOPJ es el primer artículo dentro de nuestro ordenamiento jurídico que trata sobre la regla de exclusión de las pruebas obtenidas mediante la violación de Derechos Fundamentales, sin embargo, no es la única disposición legal ya que también lo hacen los artículos 287 y ss de la LEC, el art 36 de la Ley Orgánica de Tribunal Jurado<sup>54</sup> y el apartado segundo del artículo 90 de la Ley regula la Jurisdicción Social<sup>55</sup>. Se puede afirmar que esta regla de exclusión tiene origen constitucional ya que proviene eminentemente de la jurisprudencia del TC.

De la redacción del art 11.1 de la LOPJ existen diversas discusiones doctrinales sobre la interpretación de su redacción, por ejemplo con la frase “*las pruebas obtenidas*” existe una postura que delimita las violaciones que se produzcan en la fase de investigación del presunto delito, y cuando esta vulneración sea durante la proposición,

---

<sup>54</sup> Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal Jurado

<sup>55</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre que regula la Jurisdicción Social

la admisión y práctica en el juicio oral, numerosa doctrina como el profesor MONTERO AROCA<sup>56</sup> entre otros argumentan que no se puede aplicar este artículo y entra en juego el apartado tercero del artículo 283 de la LOPJ que determina la nulidad de pleno derecho de los actos procesales<sup>57</sup>; otra frase a destacar es “*directa o indirectamente*” que implica múltiples posibilidades tanto extraprocesales como procesales, MONTERO AROCA afirma que de no ser así, la sanción se quedaría en una formalidad y “*sin un verdadero alcance real o material*” y más en concreto la expresión “*o indirectamente*” que conecta con la citada teoría de *los frutos del árbol envenenado* o también conocida como *efecto dominó*, que hace referencia a los efectos reflejos de la prueba ilícita; por último la frase “*Derechos o libertades fundamentales*” ha generado cierta controversia y no ha dejado una posición doctrinal unánime sobre qué derechos integra debido a la imprecisión que hay sobre cuáles son los Derechos Fundamentales ya que ni el legislador ni el Tribunal Constitucional han aclarado de una forma precisa y exacta cuales son estos derechos<sup>58</sup>.

Se debe destacar que, a pesar de encontrar preceptos en la ley sobre las reglas de exclusión de la prueba ilícita, no tenemos un marco que estrictamente la regule a pesar de los intentos del legislador.

## 5.2 Proyectos normativos sobre la prueba ilícita

En este apartado hablaremos sobre los recientes proyectos normativos de la mano del legislador para regular la prueba ilícita en la ley de enjuiciamiento criminal.

---

<sup>56</sup> BUENDÍA RUBIO, M<sup>a</sup> C. - “La prueba ilícita penal: el artículo 11.1 de la ley orgánica del poder judicial. Provisión de la prueba violentando derechos o libertades fundamentales” – *Revista valenciana de reformas democràtiques* [núm 2/2016]. (2017). ORTELLS RAMOS, M. y MONTERO AROCA, J. en *Derecho Jurisdiccional*, Tomo III, p. 319. Pgs 205-207 Recuperado de <https://revistes.gva.es/ojs/index.php/drets/article/download/94/118>

<sup>57</sup> BUENDÍA RUBIO, M<sup>a</sup> CARMEN. [...] Op. Cit. Pg 23

<sup>58</sup> BUENDÍA RUBIO, M<sup>a</sup> CARMEN. [...] Pg 207-209 Op. Cit. Pg. 23

### 5.2.1 Anteproyecto de 2011

En el año 2011 la propuesta de una nueva LECrim se realizó a través de dos anteproyectos<sup>59</sup>, el primero con solo 16 artículos tenía la intención de distinguir en su primera mitad los Derechos Fundamentales *sustantivos*, y en la segunda los Derechos Fundamentales de *carácter procesal*, donde debemos destacar el artículo 12.3 que nos habla de la prueba ilícita y hace mención que la ley procesal pueda autorizar el uso de pruebas obtenidas que no guarden una “*conexión jurídica relevante*” con la lesión del Derecho Fundamental, siendo la primera vez que el legislador contempla en un texto legal la teoría de la *conexión de la antijuricidad* (véase apartado 5.3.1)<sup>60</sup>.

En el segundo Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, en los artículos 128 a 130, regula la regla de exclusión de la prueba ilícita tanto la directa, la derivada de ella y la refleja desarrollando también la *teoría de la desconexión* que veremos en la STC 81/1998 (véase apartado 5.3.3) estableciendo además que las pruebas obtenidas a través de amenazas graves, torturas y tratos inhumanos o degradantes serán excluidas, pero aquellas que se hayan obtenido de forma irregular si qué podrán ser usadas en el seno de un procedimiento penal, eso sí, cuando la ley lo prevea de forma expresa. En los artículos 543 a 546 regula el control de la ilicitud probatoria en la fase de juicio oral, pudiendo las partes impugnar la prueba por escrito de forma fundamentada pudiendo aportar el material probatorio que consideren oportuno, y específicamente en el artículo 547 se refiere exclusivamente a la prueba ilícita dónde establece que el tribunal deberá examinar las denuncias y cuál será su actuación en caso de determinar que la prueba sea o no ilícita, como último mecanismo de control en el artículo 630 establece el recurso de apelación contra la sentencia ya dictada para revisar y comprobar la validez de la presunta prueba ilícita denunciada<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Anteproyecto de ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2011

<sup>60</sup> GÓMEZ AMIGO, L – “Tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso penal: del régimen actual al anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020 “- *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas* [Núm 4] – Ed. Tirant lo blanch, Valencia (2021). Directora: Coral Aragüña Fanego. Pgs 219-222.

Recuperado de <https://apdpue.es/wp-content/uploads/2022/02/RevistaAPDPUE-No-4-2021.pdf>

<sup>61</sup> GÓMEZ AMIGO, L. [...] Op. Cit. Pg. 24

## 5.2.2 Propuesta de Código Procesal Penal de 2013

En el año 2013 se realizó una nueva propuesta de Código Procesal Penal<sup>62</sup> también recoge la regla de exclusión sobre la prueba ilícita, con una redacción muy similar a la del art 11.1 de la LOPJ.

*“Artículo 13. Exclusión de la prueba prohibida*

*1. No surtirán efecto en el proceso las informaciones o fuentes de prueba obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales o las pruebas en cuya práctica se lesionen los mismos. Tales pruebas serán de valoración prohibida.”*

Este mismo artículo, en el siguiente punto, establece tres excepciones de forma jerarquizada con la prohibición de forma expresa de aquellas pruebas obtenidas de la tortura (de nuevo como el Anteproyecto de 2011), diciendo que serán válidas las pruebas que sean favorables al encausado las que sean consecuencia indirecta de la vulneración del Derecho Fundamental o que provengan como consecuencia de la vulneración de un Derecho Fundamental exclusivamente atribuible a un particular que haya actuado sin ánimo de obtener pruebas:

*a) favorables al encausado; o*

*b) consecuencia indirecta de la vulneración de un derecho fundamental si, con independencia de la existencia del nexo causal entre la infracción del derecho fundamental y la fuente de prueba, en atención a las concretas circunstancias del caso, se llega a la certeza de que, conforme al curso ordinario de la investigación, la fuente de prueba hubiera sido descubierta en todo caso; o*

*c) consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental exclusivamente atribuible a un particular que haya actuado sin ánimo de obtener pruebas.*

---

<sup>62</sup> Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal elaborado por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de ministros de 2 de marzo de 2012 [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430153214-Propuesta\\_texto\\_articulado\\_L.E.Crim.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430153214-Propuesta_texto_articulado_L.E.Crim.PDF)

En opinión del profesor GÓMEZ AMIGO veremos plasmada esta excepción en la sentencia del caso Falciani<sup>63</sup>. Siguiendo con el análisis del artículo 13, vemos que establece que la declaración auto inculpativa del encausado de forma voluntaria se entenderá desconectada de la prueba nula.

En el cuarto y último apartado del ya mencionado artículo 13, establece que cuando se constate la existencia de la infracción procesal por “*informaciones o fuentes de prueba o resultados de las pruebas*” deberán ser excluidas del proceso, sin embargo, aunque esta exclusión se rechace, se podrá pedir de nuevo.

### 5.2.3 Anteproyecto de 2020

En 2020 se realizó otro Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>64</sup> que trata sobre la prueba ilícita y la regla de exclusión siguiendo la doctrina establecida en la STC 97/2019 o “Caso Falciani” (véase apartado 5.3.5) tal y como podemos ver en el apartado VII de la “exposición de los motivos” y en el capítulo V de su articulado “garantías de un proceso equitativo” en su artículo 21 estableciendo en su apartado 1:

*“No surtirán efecto las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales cuando entre el acto de obtención de la prueba y su utilización en el proceso exista una conexión jurídica suficiente.”*

En el último apartado establece la exclusión sobre las pruebas obtenidas por torturas o tratos inhumanos de acuerdo con el art. 15 de nuestra Constitución, y como hemos podido ver en los anteproyectos de 2011 y 2013.

*“ Se entenderá que dicha conexión existe cuando la violación consumada comprometa, por su índole y características, la equidad e integridad del proceso, cuando por su intensidad suponga un atentado grave contra el derecho fundamental*

---

<sup>63</sup> GÓMEZ AMIGO, L, [...] Pg 222, Op. Cit. Pg 24

<sup>64</sup> Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (2020), versión información pública <http://leyprocesal.com/leyprocesal/dm/anteproyecto-de-ley-de-enjuiciamiento-criminal-2020.asp?nombre=7797&cod=7797&sesion=1>

*vulnerado o cuando la admisión de la prueba pueda poner en peligro la eficacia general de dicho derecho, favoreciendo violaciones ulteriores*

*Serán, no obstante, admitidas dichas pruebas cuando las partes acusadoras puedan demostrar que habrían llegado a obtenerlas por un medio distinto y lícito.”*

*2. En ningún caso se admitirán las pruebas que, directa o indirectamente, procedan de actos constitutivos de torturas, tratos inhumanos o degradantes.”*

Este anteproyecto destaca además, por ser la primera vez que el legislador quiere introducir un incidente previo al propio juicio para depurar toda ilicitud probatoria en sus artículos 619 a 621, donde el juez en la fase preliminar resolverá por medio de auto, y de declararse la prueba ilícita, esta no se podrá usar<sup>65</sup>

A pesar estos 3 intentos de regulación, ninguno de ellos se encuentra hoy en día dentro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dejando la prueba ilícita en manos de la jurisprudencia, la cual ha hecho no solo una labor extraordinaria, sino que por lo que hemos podido ver han servido de inspiración al legislador para intentar regular la prueba ilícita y su denuncia, aunque sin éxito.

### **5.3 Evolución jurisprudencial del concepto de prueba ilícita y la doctrina de los frutos del árbol envenenado**

La teoría de *los frutos del árbol envenenado* no es nueva y ya la podríamos encontrar en la Sagrada Biblia, aun qué más bien de una forma metafórica.

*“Así, todo buen árbol da buenos frutos, pero el árbol malo da frutos malos. No puede el buen árbol dar malos frutos, ni el árbol malo dar frutos buenos. Todo árbol que no da buen fruto, es cortado y echado en el fuego. Así que por sus frutos los conoceréis.”*

Mateo 7:17-20

---

<sup>65</sup> GÓMEZ AMIGO, L, [...] Pg 226-228, Op. Cit. Pg 24

Desde un punto de vista legal y jurisprudencial, esta doctrina tiene más de 100 años y proviene originariamente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos con el caso *Silverthorne Lumber Company*<sup>66</sup>, e integrada en España a través de la STC 116/1984<sup>67</sup> que trataremos en más adelante<sup>68</sup> (véase apartado 5.3.2).

Esta teoría de los *frutos del árbol envenenado* nos viene a decir que aquellas pruebas que se quieran utilizar en un procedimiento judicial y que provengan de una actuación que, de una forma directa o indirecta, ha sido ilícita, las pruebas obtenidas y las derivadas de ella como consecuencia de esta actuación estarán viciadas, y por tanto serán nulas. No solo no se tendrán en cuenta, sino que serán ineficaces a efectos de enervar la presunción de inocencia de la cual goza el acusado, en otras palabras, se considerarán inexistentes en el seno del procedimiento y no tendrán ningún tipo de valor probatorio. En el caso estadounidense se obtuvieron pruebas a través de unas entradas y registros ilegales en unas oficinas y por tanto las pruebas (documentos contables) fueron declaradas nulas por no respetar el principio de legalidad para su obtención<sup>69</sup>.

En la actualidad esta doctrina aún se aplica como podemos ver en la sentencia 172/2022, de 21 de septiembre del Juzgado de lo Penal 1 de Mahón<sup>70</sup> donde ha absuelto a dos personas por presunto delito de tráfico de drogas. El magistrado Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández argumenta que el auto habilitante para la entrada y registro estuvo basado en meras sospechas, y por tanto la prueba obtenida es nula.

---

<sup>66</sup> SORDO GARCÍA, J.- “Teoría del *fruto del árbol envenenado* | Caso Silverthorne Lumber CO. v. United States” – Wix.com (13/10/2020). Recuperado de: <https://javiorsorgar.wixsite.com/javiersordo/post/teor%C3%ADa-del-fruto-del-árbol-envenenado-caso-silverthorne-lumber-co-v-united-states>

<sup>67</sup> Cabe destacar que la primera Sentencia donde se plantea la prueba ilícita es la STC 9/1984, de 30 de enero, sin embargo no hubo pronunciamiento explícito sobre la materia (FJ 2 ; ECLI:ES:TC:2019:97)

<sup>68</sup> Dr. BERBELL, C. y Dr. RODRÍGUEZ VIDALES, Y – “¿Qué es la doctrina del fruto del árbol envenenado y por qué es tan importante para hacer justicia?” – *Confilegal*. (06/2014). Recuperado de <https://confilegal.com/20180805-que-es-la-doctrina-del-arbol-envenenado/>

<sup>69</sup> Dr. MARTINEZ J.A y Dra. ANGÉLICA M.– “La doctrina del Fruto del árbol envenenado” *Noticias jurídicas* (3/2015). Recuperado de: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/8944-la-doctrina-del-fruto-del-arbol-envenenado/>

<sup>70</sup> Sentencia núm. 172/2022 de 21 de septiembre. (JUR 2022\316725) - Juzgado de lo Penal núm. 1 de Maó-Mahón (Provincia de Illes Balears) – Recuperado de [https://insignis-aranzadigital-es.sabidi.urv.cat/maf/app/document?redirect=true&srguid=i0ad6adc600000187fa672ee9fa38bed5&marginal=JUR\2022\316725&docguid=Id9f0f8804b6d11ed8ea9bfb9f97ab591&ds=ARZ\\_LEGIS\\_CS&infotype=arz\\_juris;&spos=1&td=1&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec\\_mod=false&displayName=](https://insignis-aranzadigital-es.sabidi.urv.cat/maf/app/document?redirect=true&srguid=i0ad6adc600000187fa672ee9fa38bed5&marginal=JUR\2022\316725&docguid=Id9f0f8804b6d11ed8ea9bfb9f97ab591&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_juris;&spos=1&td=1&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=)

Fundamento Jurídico (FJ en adelante) primero “[...]tal como alegan las defensas de los acusados, los datos que se reflejan en el oficio suscrito por el instructor adjunto para justificar la medida solicitada devienen insuficientes a los efectos de inferir la realidad de un delito [...]. La lógica es que si la fuente de la prueba (el árbol) se corrompe, entonces cualquier cosa que se gana de él (el fruto) también. Como consecuencia de ello y con carácter general, las pruebas reflejas o derivadas de la prueba vulneradora de derechos fundamentales van a resultar igualmente ineficaces y nulas en el proceso. Así, las declaraciones prestadas por los investigados en la fase instructora de la causa devienen también nulas [...] El auto habilitante no cumple los requisitos exigibles para su regularidad procesal pues realmente no existen indicios racionales a considerar y valorar y en los que se debe apoyar la medida restrictiva de derechos” (JUR 2022\316725)

### **5.3.1 Excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado**

La doctrina de los frutos del árbol envenenado no es absoluta y la jurisprudencia nos ha mostrado diversas excepciones. En primer lugar, encontramos la teoría de la *fuerza independiente* que reconoce la exclusión de la prueba ilícita directa, pero descarta su aplicación cuando no haya relación directa con la lesión a los Derechos Fundamentales con las pruebas secundarias derivadas de ella. Sin embargo, hay autores que sostienen que no es una excepción debido a que si la prueba secundaria es realmente independiente no podemos afirmar que esta prueba provenga de un origen ilícito (deberá ser probada la plena desconexión entre ambas)<sup>71</sup>.

Por otro lado, tenemos la *teoría del descubrimiento inevitable* que también con origen estadounidense e integrada en la doctrina española aun con ciertas controversias y discusiones doctrinales, nos muestra que en el hipotético caso que las autoridades realizasen una entrada y registro sin autorización judicial para buscar pruebas por un determinado delito y que a través de ésta se obtuviesen pruebas de otro delito completamente ajeno e independiente a la causa de esa investigación, la prueba podría ser válida dentro de otro procedimiento ajeno a este. La prueba será admisible cuando

---

<sup>71</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M – “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. Caso Bynum vs Us, de 1960” *Revista catalana de seguretat pública* (05/2010) Pgs 143-144. Recuperado de <https://raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>

se pueda probar que su obtención se hubiese podido llevar a cabo con medios legales y que resulte prácticamente irrelevante su origen ilícito, es decir que la prueba se hubiese obtenido de todas formas con independencia del hecho ilícito que han llevado a su descubrimiento<sup>72</sup>. La diferencia entre la fuente independiente y el descubrimiento inevitable no es fácil ya que una deriva de la otra, sin embargo, una de las características de la fuente independiente “se basa en un juicio hipotético sobre la obtención de la evidencia”<sup>73</sup>.

Siguiendo con la misma tónica, la siguiente excepción que podemos encontrar es la excepción de la buena *fe policial* (*Good faith*) que, de nuevo con origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano (caso León vs. US, 468 U.S. 897 año 1984), donde la policía ejecutó una orden judicial que posteriormente resultó que ser inválida, sin embargo, se valoró que la policía actuó con pleno convencimiento de que esta orden era legal y válida y por ello el juez de la Corte Suprema estimó la prueba. Veremos este caso plasmado en la jurisprudencia española en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 22/2003 (véase apartado 5.3.4) por una vulneración del art 18.2 CE sobre la inviolabilidad de domicilio<sup>74</sup>, donde a pesar de que la actuación fue declarada inconstitucional, la prueba si fue válida.

A pesar de los parecidos conceptuales entre la teoría de la fuente independiente y la teoría de la buena fe, es que mientras la primera teoría lo que explica es que el tribunal en cuestión pueda admitir aquellas pruebas que de todas formas (haya sido la actuación legal o ilegal) se hubiesen obtenido, la segunda se trata de la admisión de las pruebas que ha obtenido la policía con pleno convencimiento de que estaba actuando amparada con la ley, y que, en ningún caso se pueda apreciar la mala fe en su actuación.

En último lugar tenemos la teoría de la *conexión de la antijuridicidad* la cual nos muestra que no es suficiente con que la prueba ilícita tenga relación con la prueba que deriva de ella, sino que hace falta analizar más parámetros la conexión entre la relación

---

<sup>72</sup> PARDEZA NIETO M<sup>a</sup> - “Causas de nulidad de auto: teorías del árbol envenenado y del descubrimiento inevitable”– *Revista Economist&Jurist* (01/2023) . Recuperado de <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/causas-de-nulidad-de-auto-teorias-del-arbol-envenenado-y-del-descubrimiento-inevitable/>

<sup>73</sup> LÓPEZ RAMIREZ, A [...] Pg 274. Op. Cit. Pg. 20

<sup>74</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M. Op. Cit. Pg. 29

entre un acto de investigación ilícito la podemos encontrar en la STC 81/1998 entre otras, de la cual hablaremos más adelante (véase apartado 5.3.3).

El concepto de la prueba ilícita no es nuevo se ha intentado regular como hemos podido en 3 anteproyectos, pero sin embargo a pesar de los intentos lo único que tenemos es la excelente labor que ha realizado el Tribunal Constitucional en sus sentencias.

A continuación, analizaremos algunas de sentencias más relevantes que ya hemos mencionado en relación con la prueba ilícita y la doctrina de los *frutos del árbol envenenado*. La primera de ellas será la que le ha dado vida en nuestro ordenamiento jurídico, y las tres siguientes, de acuerdo con la doctrina, son las que han introducido las excepciones más relevantes sobre la prueba ilícita y la han ido restringiendo cada vez más.

### **5.3.2 STC 114/1984, de 29 de diciembre**

La STC 114/1984, de 29 de diciembre<sup>75</sup> dio origen al artículo 11.1 de la LOPJ y es la primera sentencia que nos habla sobre que podemos entender o cómo podemos definir el concepto de la prueba ilícita, introduciendo además la *teoría de los frutos del árbol envenenado*, dónde debemos destacar que se relaciona el concepto de fuente de prueba e infracción procesal directa de Derechos Fundamentales. El supuesto nos habla sobre pruebas utilizadas en un procedimiento que se obtuvieron violentando el derecho al secreto de comunicaciones (art. 18.3 CE<sup>76</sup>).

El valor de los Derechos Fundamentales siempre debe tener una posición preferente delante de cualquier otro dentro del Ordenamiento Jurídico Español, tienen el carácter

---

<sup>75</sup> Sala segunda. Sentencia 114/1982, de 29 de noviembre (BOE núm 305 de 21/12/1984) Recurso de amparo 167-1984. Supuesta violación del derecho al secreto de las comunicaciones al admitir como prueba de las faltas laborales del recurrente la grabación fonográfica de una conversación telefónica mantenida por el actor

<sup>76</sup> “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.”

de inviolables y no pueden ser quebrantados por ningún poder público ni privado y por ello el FJ cuarto de la sentencia nos dice:

*“Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales [...] (art 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental.”*

La citada sentencia nos sigue explicando el gran valor que deben tener estos derechos y el motivo de la no admisión es debido a *“la «resistencia» frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica...» (STC 25/1981, de 14 de julio, fundamento jurídico 5).”* y qué el problema real de la no admisión de la prueba obtenida de forma ilícita *“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.”*

El FJ quinto nos dice que la inadmisibilidad de estas pruebas ilícitas debe presentar *“una ligazón entre la posible ignorancia jurisdiccional de tal principio y un derecho o libertad de los que resultan amparables en vía constitucional. Si tal afectación de un derecho fundamental no se produce [...] habrá que concluir en que la cuestión carece de trascendencia constitucional a efectos del proceso de amparo.”* Y que la afectación debe mostrar una clara ignorancia a las garantías del proceso (art. 24.2 CE y una desigualdad de partes (art 14 CE).

En conclusión, esta sentencia es esencial ya sentó las bases de la prueba ilícita influyendo de forma plena en la redacción del art 11.1 de la LOPJ y la prohibición de su uso en el seno de un procedimiento.

### 5.3.3 STC 81/1998, de 2 de abril

La siguiente sentencia del TC a tratar es la STC 81/1998<sup>77</sup> en la cual encontramos por primera vez la *teoría de la conexión de la antijuricidad*. El solicitante del recurso de amparo es una persona que a través de unas grabaciones fue condenada por un delito contra la salud pública y alegó una supuesta vulneración al secreto de comunicaciones (Art 18.3 CE) y a no recibir un juicio con todas las garantías, a pesar de que la policía había intervenido el teléfono con previa autorización judicial.

En el FJ segundo de la sentencia distingue los derechos sustantivos (art 18.3CE) de los derechos procesales<sup>78</sup> (24 CE) “*para determinar si la valoración de una prueba que tiene su origen en una inconstitucional intervención de las comunicaciones telefónicas vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías es preciso considerar conjuntamente el derecho fundamental sustantivo y sus límites constitucionales [...] Solamente a partir de esa doble consideración podrá llegar a determinarse si el proceso penal en el que se haya valorado una prueba obtenida a partir de una intervención telefónica acordada contraviniendo las exigencias del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 C.E. ha sido o no desde la perspectiva constitucional, un "proceso justo" ”*

En el FJ tercero el tribunal nos argumenta que “*las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales "implica una ignorancia de las 'garantías' propias del proceso [...] y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de "proceso justo", hecho que no ha pasado en el presente caso porque en el FJ cuarto nos explica que, para que la prueba supuestamente ilícita así sea, no es suficiente con que aparentemente lo parezca, sino que es necesario un examen más exhaustivo para determinar que la prueba efectivamente es ilícita “ 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 antijuricidad) [...] en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria,*

---

<sup>77</sup> Pleno. Sentencia 81/1998, de 2 de abril (BOE núm. 108 de 06 de mayo de 1998). Recurso de amparo 3140-1994. Supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia: infracción constitucional del secreto de las comunicaciones no invalidatorio de la eficacia del resto de la actividad probatoria.

<sup>78</sup> El legislador en 2011 intentó regular este concepto en el Anteproyecto de 2011.

*así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige.”*

Siguiendo con la lectura de FJ cuarto, nos muestra cómo debemos determinar si existe la *conexión de antijuricidad*. Primero deberemos tener en cuenta “*la índole y características de la vulneración del derecho*” y su resultado, y ver desde un punto de vista interno la inconstitucionalidad se transmite a la prueba que se ha obtenido, y de un punto de vista externo si se ha afectado a la tutela exigida.

Posteriormente en su FJ sexto nos viene explicando que, a pesar de que el secreto de comunicaciones es un Derecho Fundamental, en el presente caso se ha realizado mediante autorización judicial con resolución motivada sobre la necesidad de esta y por tanto la prueba es válida.

Podemos decir que esta sentencia sienta las bases de la primera de las excepciones a la prueba ilícita y estableciendo un límite a la misma para ser declarada.

#### **5.3.4 STC 22/2003, de 10 de febrero**

La siguiente sentencia del TC a tratar es la STC 22/2003<sup>79</sup> que sienta las bases de la excepción de la buena fe policial (*Good faith*) (véase apartado 5.3.1), sobre la doctrina de los *frutos del árbol envenenado* (véase apartado 5.3). En el presente caso, la policía judicial realizó una entrada y registro en un domicilio con la autorización de la mujer del denunciado, por posesión ilegal de armas de fuego. La defensa del acusado alegó una vulneración al Derecho Fundamental de la inviolabilidad de domicilio (art 18.2

---

<sup>79</sup> Sala Segunda. SENTENCIA 22/2003, de 10 de febrero (BOE núm. 55 de 05 de marzo de 2003) Vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, y supuesta vulneración de los derechos a un proceso con garantías y a la presunción de inocencia: entrada y registro autorizada por la esposa del acusado, que es su denunciante; licitud de la prueba obtenida. Voto particular

CE)<sup>80</sup> porque la entrada y registro se realizó sin autorización judicial, sin presencia del acusado y sin constancia de delito flagrante.

En el FJ quinto se prueba que sí que había constancia de delito flagrante, ya que el denunciado estaba amenazando con un arma de fuego a su mujer y la policía escuchó disparos, aunque el registro se hizo en un momento posterior que es cuando se intervinieron las armas.

En el FJ sexto y séptimo se plantea si era o no necesaria la autorización judicial cuando la policía tenía el consentimiento de la esposa del recurrente, que también era titular del bien inmueble, y por tanto *a priori* debería haber podido consentir esa entrada, pero en el FJ octavo se determina, ya que la esposa era parte denunciante, que en este hipotético caso “*no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido.*” no estando por ello legitimada.

En el FJ décimo el tribunal nos habla de que en este caso es cierto que hay una conexión “*En el supuesto analizado en dicha resolución se estimó que las pruebas que se aducían (acta donde se recogió el resultado de la entrada y registro y declaraciones policiales y de los testigos) eran materialmente inseparables de la vulneración de la inviolabilidad del domicilio, dado que la entidad de la vulneración se estimó máxima (FJ 7), pues, en el caso allí analizado la necesidad de autorización judicial era obvia.*” Sin embargo en tribunal resalta que la policía podía interpretar que con el consentimiento de la esposa era más que suficiente y por tanto no solo actuó de buena fe sino que no hay evidencia alguna de ni dolo ni culpa “*A partir de ese dato, cabe afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto*”

---

<sup>80</sup> 18.2. CE: El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

El tribunal determinó que la vulneración del derecho es *“por decirlo de algún modo, un mero accidente. El estatuto del imputado no hubiera podido impedir que la prueba se hubiera obtenido actuando conforme a la Constitución y, así las cosas, no cabe decir que haya sufrido desconocimiento alguno del principio de igualdad de armas.”*

En conclusión, podemos ver establecida la excepción de la buena fe ya que la policía realizó la actuación con pleno convencimiento de que estaba actuando de forma legal sin dolo ni culpa y, por tanto, la regla de exclusión del artículo 11.1 de la LOPJ no se puede aplicar, a pesar de que la prueba en si es ilícita.

### **5.3.5 Especial atención la STC 97/2019, de 16 de julio “Caso Falciani”**

Tal y como hemos podido ver la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dado forma a la prueba ilícita y a las consecuencias que de ella derivan. En la STC 114/1984 hemos visto la imposibilidad de admitir la prueba ilícita debido al reconocimiento y especial valor que tienen los Derechos Fundamentales como inviolables (art 10.1 CE) y que *“su recepción procesal implica una ignorancia de las "garantías" propias al proceso implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art 14 CE), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro»*<sup>81</sup>.

La última sentencia del TC 97/2019<sup>82</sup> referente a la prueba ilícita en ámbito penal trata del Sr. Falciani, un trabajador del Banco Suizo HSBC que se apropió con ánimo de lucro, de información bancaria de más de 100.000 clientes de la entidad para venderla a terceros. Esta información fue encontrada en su domicilio durante una entrada y registro por la Fiscalía de Niza a solicitud de las autoridades suizas. Dicha lista fue remitida a las autoridades españolas y fue utilizada, al igual que contra otros integrantes de la lista, como prueba en el proceso judicial penal en España contra el Sr. Delgado

---

<sup>81</sup> PICÓ I JUNOY, J, Op Cit Pg 19.

<sup>82</sup> SENTENCIA 97/2019, de 16 de julio (BOE núm. 192 de 12 de agosto de 2019). Recurso de amparo 1805-2017. Promovido por don Sixto Delgado de la Coba en relación con las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Madrid que le condenaron por sendos delitos contra la hacienda pública.

de la Coba por delitos contra la Agencia Estatal de Administración Tributaria. La defensa intentó impugnar la prueba en base al artículo 11.1 de la LOPJ por haberse obtenido la prueba vulnerando Derechos Fundamentales. La sentencia 116/2017, de 23 de febrero, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo contra el Sr. Delgado de la Coba fue confirmada en 2019 por el Tribunal Constitucional en la sentencia que trataremos a continuación<sup>83,84</sup>:

En el FJ primero el tribunal nos recuerda la necesidad de interpretar el artículo 11.1 de la LOPJ (la prueba ilícita) *“no puede ser interpretada de forma rígida o estereotipada, sino acomodada a las circunstancias e intereses en juego en cada caso.”*

Siguiendo con su lectura nos deja claro *“que no es suficiente con la vulneración de un derecho fundamental para definirla, sino que, además, debe haberse obtenido la prueba con la intención de perjudicar el derecho de defensa de la parte contraria”* y formula tres principios generales para su definición, que como muy bien nos explica PICO I JUNOY son<sup>85</sup>:

1. *“La inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado”*
2. *“La regla de exclusión de la prueba ilícita tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo”*
3. Esta sentencia ha restringido el ámbito de la prueba ilícita exigiendo tanto la vulneración de un derecho fundamental sustantivo como la vulneración de las garantías procesales que exige el art 24.2 CE

Para determinar que la prueba procesal ha sido obtenida de forma ilícita es necesario valorarla desde el punto de vista de que la igualdad de las partes en el proceso no se ha

---

<sup>83</sup> ARMENGOL FREIXES, B. – “Caso Falciani: sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2019” – Despacho Berta Armengol Freixes. Recuperado <https://www.armengolfreixes.com/es/caso-falciani-sentencia-del-tribunal-constitucional-de-16-de-julio-de-2019/>

<sup>84</sup> SALA PAÑOS, D.– “No todo vale, pero casi”– Domingo Monforte Abogados. (2022) Recuperado de <https://www.domingomonforte.com/no-todo-vale-pero-casi/>

<sup>85</sup> PICÓ I JUNOY, J, -3 [...]” Nuevos parámetros de la STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio” - Op Cit Pg 19.

visto afectada, y este juicio valorativo debe tener en cuenta, primeramente la real ilicitud constitucional en cuanto la obtención de los elementos probatorios<sup>86</sup>, y segundo el TC ha establecido que hay que hacer un análisis de “*la intencionalidad de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, sus necesidades de tutela y el equilibrio e igualdad de las partes en el seno del proceso*” a través de dos parámetros<sup>87</sup>.

El primero de ellos es el parámetro interno, dónde debemos analizar si las pruebas han sido obtenidas de mala fe poniendo en riesgo la igualdad de las partes en el proceso, de lo contrario si a pesar haberse obtenido vulnerando estos Derechos Fundamentales, “el infractor ha actuado buena fe” puede dar lugar a la aceptación de la prueba como válida<sup>88</sup>. Y por otro lado el parámetro externo, dónde se valora si existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso penal<sup>89</sup>.

Siguiendo con el caso, el TC a través de esta sentencia plantea dos problemas, el primero “*hermenéutico, sobre si es posible la lectura que hace del art. 11.1 LOPJ*” [...] y otro “*conceptual*”<sup>90</sup>.

El primero de ellos, el hermenéutico, el artículo 3.1 del Código Civil<sup>91</sup> nos establece 5 criterios.

El primero de ellos es la interpretación gramatical del artículo 11.1 LOPJ que no ofrece duda, “[...] en consecuencia, es claro que el legislador no diferencia entre vulneración de un derecho fundamental sustantivo o uno procesal por lo que como ya dijo Azón *si lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”<sup>92</sup>.

El segundo la interpretación histórica que nos dirige a la STC 114/2014, donde “*tampoco nos hace distinción entre el Derecho Fundamental sustantivo y procesal para ambos previó la máxima sanción jurídica, a saber, la nulidad radical de todo acto*”

---

<sup>86</sup> “*si es infraconstitucional o constitucional —en el primer caso no hay posibilidad de entender que existe una prueba ilícita*”. PICO I JUNOY

<sup>87</sup> PICÓ I JUNOY, J, Op Cit Pg 19.

<sup>88</sup> STC 22/2003, de 10 de febrero (LA LEY 1312/2003)

<sup>89</sup> PICÓ I JUNOY, J, Op Cit Pg 19.

<sup>90</sup> PICÓ I JUNOY, J, [...]“4. El problema hermenéutico del art. 11.1 LOPJ”. Op. Cit. Pg. 19.

<sup>91</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

<sup>92</sup> PICÓ I JUNOY, J, [...]“4. El problema hermenéutico del art. 11.1 LOPJ”. Op. Cit. Pg. 19.

El tercero es el teológico, donde la idea es la misma que en los anteriores, debido a que su finalidad es velar la igualdad procesal de las partes.

El cuarto es el sociológico que *“tampoco parece sostener la doctrina sobre el alcance de la prueba ilícita prevista en la STC 97/2019”*<sup>93</sup>

PICO I JUNOY señala que el último criterio, el sistemático *“en nuestro sistema jurídico se reconoce con el máximo nivel de protección, [...] al derecho a la prueba, que tiende a permitir la mayor actividad probatoria. [...]. Desde esta perspectiva sistemática, solo cuando se vulnere un derecho fundamental de contenido procesal [...] podría justificarse la limitación del derecho a la prueba.”*<sup>94</sup>

El segundo problema que se plantea es el conceptual. La nueva interpretación que el TC ha realizado en la ya citada sentencia es la más restrictiva hasta la fecha respecto a la prueba ilícita. El texto constitucional no solo no ha previsto la prueba ilícita, sino que establece que la interpretación que el tribunal debe dar a la prueba que se quiere aportar tiene que ser la que dé la *“máxima virtualidad y eficacia del derecho a la prueba”*<sup>95</sup>, hecho que en este caso se cumple.

Hay otros autores, como TARUFFO que comparten conclusiones similares *“dado que el derecho a la prueba tiene rango constitucional, deberíamos inclinarnos a concluir que tiene que encontrarse un equilibrio favorable a la admisión de todas aquellas pruebas relevantes de las que dispongan las partes, ya que otras razones procesales no deberían afectar el derecho fundamental a la prueba, y mucho menos anularlo”*<sup>96</sup>.

La conclusión que podemos extraer de la lectura de esta sentencia y de la síntesis que hace el profesor PICO I JUNOY es que la prueba ilícita ha quedado cada vez más restringida a favor del derecho fundamental a la prueba. Esta sentencia debido a los nuevos criterios que establece el tribunal muy probablemente de lugar a un texto legal que regule la prueba ilícita, sin embargo, a la práctica será difícil de ver.

---

<sup>93</sup> PICÓ I JUNOY, J, [...]“4. El problema hermenéutico del art. 11.1 LOPJ”. Op. Cit. Pg. 19.

<sup>94</sup> PICÓ I JUNOY, J, [...]“4. El problema hermenéutico del art. 11.1 LOPJ”. Op. Cit. Pg. 19.

<sup>95</sup> PICÓ I JUNOY, J, [...]“5. Justificación constitucional de la nueva lectura del art. 11.1 LOPJ que formula la STC (PLENO) 97/2019, de 16 de julio”. Op Cit. Pg. 19.

<sup>96</sup> PICÓ I JUNOY, J, [...]. TARUFFO, M., *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer, edit. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 57-58. Op Cit. Pg. 19

## 6 La denuncia de la ilicitud probatoria

### 6.1 El momento procesal

Durante un proceso judicial penal hemos visto que existen distintas fases y distintos procedimientos que, dependiendo de uno de otro, hay fases que desaparecen. Saber en qué momento procesal se debe denunciar o poner de manifiesto delante del juez que una prueba es ilícita no es fácil, sin embargo, podemos constatar que esta denuncia debe realizarse por las partes en el momento en que se conoce y sobre todo de forma previa a la firmeza de la sentencia.

El hecho de que esta cuestión procesal pueda ser tenida en cuenta durante las fases iniciales constata por un lado la posible imputación o no de alguien con las consecuencias que de ello derivan, y también evitar la posible contaminación del juez por tener en mente una prueba que quizás en posterioridad deberá ser descartada por su ilicitud. Por otro lado, la denuncia en las fases previas y su inmediata exclusión afecta de forma directa a la posibilidad de su práctica de acuerdo con los principios inherentes en toda prueba de contradicción y publicidad. En la fase de instrucción no corresponde ni al juez de instrucción ni a Ministerio Fiscal resolver sobre la licitud de la prueba porque en esta fase por regla general, aun no tiene el estatus de prueba, aunque esto no significa que el juez instructor pueda apreciar que ese medio de prueba sea manifiestamente ilícito y pueda mediante justificación decretar su nulidad, ahora bien, habrán ocasiones que esta cuestión no podrá resolverse en la fase preliminar por faltar datos que solo pueden determinarse con un examen exhaustivo durante la práctica de la prueba en la fase oral<sup>97</sup>.

Algunas razones para rechazar la prueba ilícita son por ejemplo la contaminación del juez (como veníamos diciendo), otro motivo puede ser haber seguido una “estrategia defensiva equivocada” y finalmente por razones de economía procesal. De declararse la nulidad al final del proceso significaría la nulidad de todas las actuaciones<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup>ARMENTA DEU, T- “Tratamiento procesal de la ilicitud probatoria” – VLEX. Recuperado de: <https://vlex.es/vid/tratamiento-procesal-ilicitud-probatoria-692870909>

<sup>98</sup>ASENCIO MELLADO, J.M- “Prueba ilícita: Declaración y efectos. (RI §411305) - 3. La ineficacia absoluta de la prueba ilícita. Diferencia con el derecho a la presunción de inocencia y la nulidad de los actos procesales: B) La denuncia y declaración de la prueba ilícita.” - *Revista General del Derecho Procesal – Iustel*.(2012). Recuperado de [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=411305&d=1](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=411305&d=1)

El órgano judicial que conozca la ilicitud probatoria deberá declarar de la forma más urgente posible la nulidad de esta, para evitar que produzca efectos dentro del procedimiento. En referencia a las formas que debe manifestarse, no hay una regulación penal específica (sin perjuicio de la aplicación supletoria del artículo 287 de la LEC) por ello la solución viene dada en poner de manifiesto delante del órgano judicial la ilicitud de la prueba con la mayor brevedad posible mediante las formas que permite la ley dependiendo en la fase que nos encontremos y siendo la última solución el recurso contra la sentencia ya dictada<sup>99</sup>.

El profesor ASECIO MELLADO argumenta que *“si bien la prueba ilícita genera ineficacia y, por tanto, presupone una nulidad, dicha nulidad no es equivalente a la propia de los actos procesales. Y, no lo es ni por los motivos que la fundamentan, ni por los efectos, que son dispares, ni por el procedimiento, dado que este último responde en el ámbito de la nulidad a la realidad de la posible subsanación y convalidación de sus efectos. [...] La prueba ilícita no ha de ser instada necesariamente por las partes, sino que debe ser apreciada de oficio cuando se evidencie. En primer lugar, no adoptándose la resolución que se solicite si no concurren sus elementos esenciales y luego declarando inmediatamente la nulidad del acto si se han infringido los derechos conculcados.”*<sup>100</sup>

Los mecanismos para su denuncia, como argumenta ASECIO MELLADO, son diversos dependiendo de la fase en la que nos encontremos<sup>101</sup>:

En la fase de investigación el juez instructor no podrá incoar un procedimiento en base a una prueba obtenida infringiendo Derechos Fundamentales ni adoptará medidas cautelares. Inmersos en el seno de un procedimiento inadmitirá las diligencias instructoras solicitadas que no contengan todos los requisitos legales para realizar la intromisión en derechos fundamentales. Del mismo modo decretará la nulidad de oficio cuando la ley se lo autorice (Art. 240.2 LOPJ).

En la fase intermedia, a instancia de Ministerio Fiscal o de parte solicitarán el sobreseimiento cuando se haya incoado un procedimiento cuando la única prueba que

---

<sup>99</sup> ASECIO MELLADO, J.M. [...] Op Cit. Pg. 40

<sup>100</sup> ASECIO MELLADO, J.M. [...] Op. Cit. Pg 40

<sup>101</sup> ASECIO MELLADO, J.M. [...] Op. Cit. Pg 40

sirva para sostener el caso sea ilícita, y solicitarán que las diligencias obtenidas a través de pruebas ilícitas no lleguen al juicio oral.

Y finalmente en la fase de juicio oral, en el inicio de las sesiones, las partes deberán alegar la ilicitud probatoria para así evitar la práctica de la prueba, sin embargo y a pesar del art 786.2 de la LECrim, ASENSIO MELLADO argumenta que es posible que *“aunque se declare su ineficacia, generen un efecto psicológico en quien las presencia”* y también que en caso de tribunal jurado, el art. 36 de la Ley del Jurado *“emite esta denuncia a un trámite que tiene lugar ante el Presidente de dicho tribunal, pero con anterioridad a su constitución por los ciudadanos que, de esta manera, se ven protegidos de posibles abusos o influencias provenientes de actos ilegítimos”*<sup>102</sup>.

En el hipotético caso de que la presunta prueba ilícita sea practicada, siempre habrá opción al recurso contra la sentencia dictada.

En conclusión, podemos decir que la denuncia de la prueba ilícita se debe realizar en el momento que haya conocimiento por las partes, para así evitar un mal mayor y poner en riesgo los principios que rigen el proceso penal.

## **6.2 El incidente de nulidad**

El Capítulo III de la LOPJ, en su artículo 241, nos dice que por regla general no se admitirán los incidentes de nulidad, sin embargo, se podrá solicitar a instancia de parte cuando se haya dado la vulneración de un Derecho Fundamental en relación con el art. 53.2 de la CE *“siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.”* El citado artículo nos sigue diciendo que para conocer *“este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.”*

---

<sup>102</sup> ASENSIO MELLADO, J.M, [...] Op. Cit. Pg 40

Resulta interesante destacar que el citado especifica que “*siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución*”, por ello según la doctrina del TS si el incidente se dio en la fase de instrucción puede dar lugar a que el incidente sea desestimado por extemporáneo, ya que debería haberse realizado en el momento de las cuestiones previas en el momento de la vista oral<sup>103</sup>.

### **6.3 Las consecuencias de la declaración de la ilicitud probatoria**

La doctrina en un primer momento quería dar efectos jurídicos a la prueba ilícita, en base a dos argumentos. El primero de ellos era que todo elemento de prueba que sirva para la búsqueda de la verdad material debe mantenerse sin que su origen afectase más allá de poder exigir responsabilidades civiles o penales a quien hubiese vulnerado disposiciones legales, ya que consideró que la verdad material debe estar por encima de la lesión del derecho individual; y el segundo se basaba en una interpretación errónea respecto a la libre valoración que el juez puede dar dónde será él quien decida sobre su validez o exclusión de la misma del proceso a la hora de dictar sentencia<sup>104</sup>.

En la actualidad se ha reconocido que la prueba tiene límites intrínsecos y extrínsecos, y por ello el juez deberá decretar la nulidad total y abstenerse de toda valoración de la prueba y de todas aquellas que deriven de ella, a la hora de dictar sentencia<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> GÓMEZ HERNÁNDEZ, M – “La nulidad de actuaciones en el proceso penal (con formulario de demanda)” - *Revista Economist&Jurist* (07/2020). Recuperado de <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-nulidad-de-actuaciones-en-el-proceso-penal/>

<sup>104</sup> LÓPEZ RAMIREZ, A [...] Pgs. 239-240. Op. Cit. Pg.20

<sup>105</sup> LÓPEZ RAMIREZ, A [...] Pgs. 240-249. Op. Cit. Pg.20

## 7 Conclusiones

A largo del presente Trabajo de Final de Grado hemos podido ver que es ‘la prueba’ en el ámbito penal y muchos de los elementos que la componen y caracterizan, junto a las pruebas que, a pesar de tener el nombre de ‘prueba’ no son pruebas en sí mismas pero si pueden ser determinantes en el seno de un proceso judicial penal.

El objetivo principal de este trabajo era ver y definir que es la ‘prueba ilícita’ y su distinción con la prueba irregular, así como también conocer la doctrina de los *frutos del árbol envenenado* que, a pesar de parecer obsoleta, todavía vemos sentencias en las cuales se aplica. Ha resultado muy interesante leer sobre la discusión doctrinal que ha generado la definición de la prueba ilícita y realizar el análisis de algunas de las sentencias más relevantes, que no solo han sido partícipes en darle forma, sino que también han creado excepciones a la misma.

Debemos destacar los intentos de regulación de la mano del legislador para integrarla en la LECrim, aunque sin éxito. La doctrina todavía no es unánime ni en como definirla ni en como referirse a ella, y la jurisprudencia del TC, eminentemente creadora de la misma, está siendo cada vez más restrictiva en cuanto su declaración y por ello es, sin duda, una ardua labor la que el legislador tiene por delante para, en un futuro próximo, regularla en dentro del Ordenamiento Jurídico Español.

La prueba ilícita es un problema en el seno de un proceso judicial debido a las interpretaciones que se le puede dar, ya que no solo no hay una regulación específica, sino que además puede poner en juego Derechos Fundamentales, tales como la indefensión y recibir un juicio justo, entre otros. El TC a través de la STC 97/2019 establece nuevos criterios para interpretar el famoso artículo 11.1 de la LOPJ, dónde añade primeramente que no deberá ser interpretado de forma rígida, además la prueba se deberá haber obtenido con ánimo de perjudicar a la otra parte, hecho que nos hace plantear la gran dificultad que tendrán las partes para probarlo, ya que cuando hablamos en términos abstractos, es de todo menos fácil de realizar. Por si fuese poco, la citada sentencia exige también la vulneración, no solo de derechos sustantivos, sino que además exige la vulneración de garantías procesales, poniendo por encima de todo el derecho a la prueba.

La respuesta que debe dar el juez cuando se encuentre delante de una prueba ilícita será la de decretar su nulidad, sin embargo consideramos que poder ver la prueba ilícita propiamente dicha, reflejada en una sentencia, será algo casi inaudito, pudiendo afirmar lo que parte de la doctrina viene diciendo, que la jurisprudencia está siendo cada vez más restrictiva en cuanto su declaración y que es casi “inexistente”, debido a la multiplicidad de requisitos y excepciones que ha ido estableciendo el TC sobre la misma.

Vista la clara necesidad de regularla debido a los Derechos Fundamentales que puede afectar su existencia, conocidos los intentos de regulación de la mano del legislador y la sentencia más reciente, la ya citada STC 97/2019 que establece los nuevos criterios para declarar la prueba ilícita, nos planteamos las siguientes preguntas: ¿se debe regular la ‘prueba ilícita’, o mejor no? ¿Cómo se debería regular? ¿debería tener la ‘prueba ilícita’ un marco específico o genérico? ¿se debería regular en “*numerus clausus*” o en “*numerus apertus*”? La respuesta no es nada fácil, sin embargo, a nuestro criterio consideramos que sí se debería regular, sin dudarlo, ya que se ponen en riesgo Derechos Fundamentales, y se debería regular de una forma específica pero dejando clara la distinción por un lado aquella que puede mantenerse de forma parcial, por simplemente quebrantar algún precepto procesal formal dentro del procedimiento (fruto quizás de alguna negligencia), y que su nulidad no se extienda a las pruebas derivadas de ella cuando estas pruebas se hubiesen obtenido igualmente de forma legal (introduciendo la excepción del *descubrimiento inevitable*, véase apartado 5.3.1), y aquella, esta sí en términos cerrados, que sí debería ser radicalmente nula y extender su nulidad a las derivadas por violentar Derechos Fundamentales. Esta última consideramos que debería, además, contemplar un castigo en el CP por su *praxis*, sin perjuicio de las responsabilidades civiles derivadas, para poder ser una garantía más a los Derechos Fundamentales, pilares básicos e inherentes de nuestro ordenamiento Jurídico.

## Bibliografía

ALSINA, Hugo. (1958). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Ediar Soc. Anon. Editores. Buenos Aires.

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (2020) versión información pública <http://leyprocesal.com/leyprocesal/dm/anteproyecto-de-ley-de-enjuiciamiento-criminal-2020.asp?nombre=7797&cod=7797&sesion=1>

ARMENGOL FREIXES, B. – “Caso Falciani: sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2019” – Despacho Berta Armengol Freixes. Recuperado <https://www.armengolfreixes.com/es/caso-falciani-sentencia-del-tribunal-constitucional-de-16-de-julio-de-2019/>

ARMENTA DEU, T- “Tratamiento procesal de la ilicitud probatoria” – VLEX. Recuperado de: <https://vlex.es/vid/tratamiento-procesal-ilicitud-probatoria-692870909>

ASENCIO MELLADO, J.M- “Prueba ilícita: Declaración y efectos. (RI §411305) - 3. La ineficacia absoluta de la prueba ilícita. Diferencia con el derecho a la presunción de inocencia y la nulidad de los actos procesales: B) La denuncia y declaración de la prueba ilícita.” - *Revista General del Derecho Procesal – Iustel*.(2012). Recuperado de [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=411305&d=1](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=411305&d=1)

BERBELL, C. y RODRÍGUEZ VIDALES, Y – “¿Qué es la doctrina del fruto del árbol envenenado y por qué es tan importante para hacer justicia?” – *Conflegal*. (06/2014). Recuperado de <https://conflegal.com/20180805-que-es-la-doctrina-del-arbol-envenenado/>

BERNALOA, A. “La prueba en el proceso penal” – *Revista Economist&Jurist*. (7/2020) Recuperado de <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-prueba-en-el-proceso-penal/>

BUENDÍA RUBIO, Mª C. - “La prueba ilícita penal: el artículo 11.1 de la ley orgánica del poder judicial. Provisión de la prueba violentando derechos o libertades fundamentales” – *Revista valenciana de reformas democràtiques* [núm 2/2016]. (2017) ORTELLS RAMOS, M. y MONTERO AROCA, J. en *Derecho Jurisdiccional*, Tomo III, p. 319.Pgs 205-209 Recuperado de <https://revistes.gva.es/ojs/index.php/drets/article/download/94/118>

CANO, O - “Fuentes y medios de prueba” – Oscar Cano Advocats. (2014) Recuperado de <https://www.oscar-cano.com/fuentes-y-medios-de-prueba/>

CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*. Ediciones Depalma. Segunda edición. (1982). Buenos Aires.

CARRANZA BURGUEÑO, C.P- TFG: “Estudio Jurisprudencial de la prueba ilícita en el proceso civil”. - Universidad de Valladolid - Facultad de Derecho. (01/06/2021). Pgs 17-20. Recuperado de [https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/48036/TFG-D\\_01196.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/48036/TFG-D_01196.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

DIAZ VELASCO, F – “Valor probatorio del atestado policial: Análisis.” – Diaz Velasco Abogados (2015). Recuperado de <https://www.diazvelasco.com/articulos/atestado-policial-valor-probatorio-analisis/>

FRANCO, L “¿Cuándo se conculca el derecho constitucional de defensa?” – Lucas Franco Abogados. Recuperado de <https://lucasfrancoabogados.com/cuando-se-conculca-el-derecho-constitucional-de-defensa/>

GINER ALEGRIA. C.A. “Prueba prohibida y Prueba ilícita”. *Revista ANALES DE DERECHO*. Universidad de Murcia. Núm. 26 ,2008. pp. 579.

GÓMEZ AMIGO, L – “Tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso penal: del régimen actual al anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020 “- *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas* [Núm 4] – Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2021). Directora: Coral Aragüena Fanego. Pgs 219-222. Recuperado de <https://apdpue.es/wp-content/uploads/2022/02/RevistaAPDPUE-No-4-2021.pdf>

GÓMEZ COLOMER, J.L - “Prueba y proceso Penal - Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado”. Ed. Tirant lo Blanch. (2008) Pgs 114 a 121.

GÓMEZ HERNÁNDEZ, M – “La nulidad de actuaciones en el proceso penal (con formulario de demanda)” - *Revista Economist&Jurist* (07/2020). Recuperado de <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-nulidad-de-actuaciones-en-el-proceso-penal/>

GONZÁLEZ PASCUAL, A – “Indicios, evidencias y pruebas ¿Qué son y en qué se diferencian? – Dexia abogados” (11/2022) – Recuperado de <https://www.dexiaabogados.com/blog/indicios-evidencias-y-pruebas/>

Jurisprudencia Tribunal Supremo (28/10/2015) – “Las declaraciones de los agentes policiales tienen valor de prueba testifical cuando las mismas se realizan en virtud de la percepción directa de la comisión del delito”. *Diario del derecho – Iustel* . Recuperado de [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1146413](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1146413)

“La Prueba ilícita (proceso penal)”– *Guías Jurídicas*. (01/2023). Recuperado de [https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEADVOS0\\_DMAz-NzmiZduFQy5tOSABQqNCXN3EaiNCXGK3LP8elw5Llv09\\_PhesNQer-Ig0OwjZcM1U65fri8LGoGB3cGAlwVSR96d7GIDccUeBIW0BCxN1U5IIF2QnbXno-GJfl5gjSOILm2g7PtiCO7h46Bhz\\_f2aM2KhdXg3uOIWdBMcZyeNGX3A3PklrIUso86OhB99I37z6ftt63t64zuGQV2eIE8omqMUPz0CgrauMZ0Bzxfb2yziOjhQfLbHzY-ae1AsIWE0dxgXipleTIgEAAA==WKE](https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEADVOS0_DMAz-NzmiZduFQy5tOSABQqNCXN3EaiNCXGK3LP8elw5Llv09_PhesNQer-Ig0OwjZcM1U65fri8LGoGB3cGAlwVSR96d7GIDccUeBIW0BCxN1U5IIF2QnbXno-GJfl5gjSOILm2g7PtiCO7h46Bhz_f2aM2KhdXg3uOIWdBMcZyeNGX3A3PklrIUso86OhB99I37z6ftt63t64zuGQV2eIE8omqMUPz0CgrauMZ0Bzxfb2yziOjhQfLbHzY-ae1AsIWE0dxgXipleTIgEAAA==WKE)

“La prueba de indicios en el proceso penal” – *Iberley* (08/2019). Recuperado de <https://www.iberley.es/temas/prueba-indicios-proceso-penal-63110>

“La prueba irregular en el proceso penal.” - *Iberley.es*. (04/2022) Recuperado de <https://www.iberley.es/temas/prueba-irregular-proceso-penal-63116>

“La prueba preconstituida.” – *Guías Jurídicas LALEY* (2019) Recuperado de [https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbF1jTAAAUjCINTtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA8qVw4DUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbF1jTAAAUjCINTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA8qVw4DUAAAA=WKE)

“Las declaraciones de los agentes policiales tienen valor de prueba testifical cuando las mismas se realizan en virtud de la percepción directa de la comisión del delito”. *Diario del derecho – Iustel.* (28/10/2015) Recuperado de [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1146413](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1146413)

LÓPEZ RAMÍREZ A. – “La prueba ilícita penal”. *Ed. Tirant lo Blanch.* (2019). Pg 207, 210,239-249, 274.  
<https://biblioteca-tirant-com.sabidi.urv.cat/cloudLibrary/ebook/info/9788491909309>,

LÓPEZ YAGÜES, V., Sonia Calaza López, ASENSIO MELLADO, J. M., Gonzalo del Río Labarthe, FUENTES SORIANO, O., Rizo Gómez, M. B., Ruiz de la Cuesta Fernández, S., Yolanda Doig Díaz, Mercedes Fernández López, Carmen Cuadrado Salinas, & Virtudes Ochoa Monzó. *Derecho Procesal Penal.* Tirant lo Blanch. (2019). Pgs 396-398, 400-405, 409-410, 488,495-499 <https://biblioteca-tirant-com.sabidi.urv.cat/cloudLibrary/ebook/info/9788413362373>

MARTÍNEZ GÁLVEZ, G. “La prueba válida en el proceso penal” - LEMAT abogados y consultores. (03/2020) Recuperado de <https://lematabogados.com/blog/la-prueba-valida-en-el-proceso-penal/>

MARTINEZ J.A y ANGÉLICA M.– “La doctrina del Fruto del árbol envenenado” . *Noticias jurídicas* (3/2015). Recuperado de: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/8944-la-doctrina-del-fruto-del-arbol-envenenado/>

MIRANDA ESTRAMPES, M – “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. Caso Bynum vs Us, de 1960”. *Revista catalana de seguretat pública* (05/2010) Pgs 143-144.  
Recuperado de <https://raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>

MUÑOZ CUESTA, J- “La prueba en el proceso penal”. *Memento experto – Francis LeFrebvre.* Marcial Ponts (23/09/2020) Recuperado de <https://www.marcialpons.es/media/pdf/PRUEBAPENAL.pdf>

PARDEZA NIETO M.<sup>a</sup> - “Causas de nulidad de auto: teorías del árbol envenenado y del descubrimiento inevitable” – *Revista Economist&Jurist* (01/2023)  
<https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/causas-de-nulidad-de-auto-teorias-del-arbol-envenenado-y-del-descubrimiento-inevitable/>

PICÓ I JUNOY, J – “El derecho a la prueba en el proceso penal”- *Revista Luces y sombras*- Ed: La Ley. (2010)

PICÓ I JUNOY, J- “La prueba ilícita: un concepto todavía por definir (1) - Premisas básicas [...]” – *DiarioLaLey* . (10/2019)

PUERTA LUÍS, L.R – “La prueba en el proceso penal”- *Dialnet*. (2000) Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1706461.pdf>

“Proceso penal. ¿Qué fases tienen el proceso penal?” - *Guías Jurídicas* (01/2023) -. Recuperado de [https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjc0tDtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAf1UAwzUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjc0tDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAf1UAwzUAAAA=WKE)

Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal elaborado por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012

[https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430153214-Propuesta\\_texto\\_articulado\\_L.E.Crim.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430153214-Propuesta_texto_articulado_L.E.Crim.PDF)

“¿Qué significa la expresión *Da mihi factum dabo tibi ius?*”- *Guías Jurídicas – LALEY* (01/2023). Recuperado de:

[https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNUzMDtbLUouLM\\_DxbIwMDC0NDaxOQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAUppjUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNUzMDtbLUouLM_DxbIwMDC0NDaxOQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAUppjUAAAA=WKE)

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., Xulio Xosé Ferreiro Baamonde, José Ramón Piñol Rodríguez, Neira Pena, A. M., Alberto Varona Jiménez, Agustín Jesús Pérez Cruz Martín, & Roca Martínez, J. M. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch (2020). Pgs 488, 493-499. <https://biblioteca-tirant-com.sabidi.urv.cat/cloudLibrary/ebook/info/9788413555485>

RUIZ VADILLO, E – *Los Principios del proceso penal*. Dialnet Uniroja. (1995)

SALA PAÑOS, D.– “No todo vale, pero casi”– Domingo Monforte Abogados. (2022) Recuperado de <https://www.domingomonforte.com/no-todo-vale-pero-casi/>

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, J.M., “El atestado policial: algo más que una denuncia” - *Noticias Jurídicas*, (01/2010). Recuperado de: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4510-atestado-policial:-algo-mas-que-una-denuncia/>

SEOANE SPIEGELBERG, J.L, “La prueba”, en Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN *et al.*, *Derecho procesal civil*, T. I, 2a ed. (2011), Andavira, Santiago de Compostela. TARUFFO, M., “La prueba”, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer, edit. Marcial Pons, Madrid, (2008), pp. 57-58.

SORDO GARCÍA, J- “Teoría del fruto del árbol envenenado | caso silverthorne lumber co. v. united states” – Wix.com (13/10/2020). Recuperado de: <https://javiorsorgar.wixsite.com/javiorsordo/post/teor%C3%ADa-del-fruto-del-árbol-envenenado-caso-silverthorne-lumber-co-v-united-states>

STS 364/2015, de 23 de junio de 2015. Jurisprudencia Tribunal Supremo. – “Las declaraciones de los agentes policiales tienen valor de prueba testifical cuando las mismas se realizan en virtud de la percepción directa de la comisión del delito”. *Diario del derecho* – *Iustel*. (28/10/2015) *Recuperado de* [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1146413](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1146413)

Vásquez, L. A. A. “Diferencias entre medio, fuente y objeto de la prueba”. *Cuestiones jurídicas*, 1(2), 2.1. Fuentes de la prueba. Concepto (2007). Pg 58, 60, 66 <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127519340004.pdf>

---

## Otras referencias

TEDH (S 7/07/89), CASO UNIÓN ALIMENTARIA SANDERS S.A vs ESPAÑA; TC (SS. De 158/1989 de 5 oct.)

Tribunal Supremo de los Estados Unidos - Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States, 251 U.S. 385 (1920)

STC 47/1983, de 31 de mayo (ECLI:ES:TC:1983:47)

STC 9/1984, de 30 de enero (ECLI:ES:TC:2019:97)

STC 114/1984, de 29 de diciembre (ECLI:ES:TC:1984:114)

STC 217/1989, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TC:1989:217)

STC 165/2001, de 16 de julio (ECLI:ES:TC:2001:165)

STC 25/1997, de 11 de febrero (ECLI:ES:TC:1997:25)

STC 198/1997, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TC:1997:198)

STC 232/1998, de 1 de diciembre (ECLI:ES:TC:1998:232)

STC 165/2001, de 16 de julio (ECLI:ES:TC:2001:165)

STC 22/2003, de 10 de febrero (ECLI:ES:TC:2003:22)

STC 97/2019, de 16 de julio (ECLI:ES:TC:2019:97)

STS 364/2015, de 23 de junio de 2015 (ES:TS:2015:2754)

STS 116/2017, de 23 de febrero (ECLI: ES:TS:2017:471)

Sentencia 172/2022, de 21 de septiembre, del Juzgado de lo Penal 1 de Mahón (JUR 2022\316725)

---

## **Legislación y anteproyectos utilizados**

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2011

Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al proceso penal 2011

Constitución Española de 1978

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Ley 36/2011, de 10 de octubre que regula la Jurisdicción Social

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal Jurado

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Propuesta de Código Procesal Penal de 2013

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

---