

**Universidad Internacional de La Rioja**  
**Máster en el ejercicio de la abogacía**

---

# El estado actual de la teoría de la prueba ilícita en la doctrina y en la jurisprudencia

---

Trabajo fin de máster presentado por:	Juan Carlos Muñoz Márquez
Titulación:	Máster en el ejercicio de la abogacía
Área jurídica:	Derecho Procesal Penal
Director:	Dr. David Eleuterio Balbuena Pérez

Ciudad: Estepona (Málaga)  
Noviembre de 2017  
Firmado por: Juan Carlos Muñoz Márquez

CATEGORÍA TESAURO: 3.1.3 Derecho Público. Derecho Penal

## ÍNDICE

<b>I</b>	<b>LISTADO DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>3</b>
<b>II</b>	<b>RESUMEN .....</b>	<b>5</b>
<b>III</b>	<b>ABSTRACT.....</b>	<b>6</b>
<b>IV</b>	<b>PALABRAS CLAVES.....</b>	<b>6</b>
<b>V</b>	<b>KEY WORDS .....</b>	<b>6</b>
<b>VI</b>	<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>7</b>
<b>VII</b>	<b>ASPECTOS GENERALES .....</b>	<b>10</b>
<b>VII.1</b>	<b>ANTI JURIDICIDAD, ILICITUD Y CULPABILIDAD .....</b>	<b>10</b>
<b>VII.2</b>	<b>PRUEBA ILÍCITA. RÉGIMEN JURÍDICO .....</b>	<b>11</b>
<b>VII.3</b>	<b>PRUEBA PROHIBIDA, PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA ILEGAL .....</b>	<b>13</b>
<b>VII.4</b>	<b>PRUEBA DIFERENTE Y PRUEBA INDEPENDIENTE.....</b>	<b>14</b>
<b>VII.5</b>	<b>CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA EN DERECHO COMPARADO .....</b>	<b>15</b>
<b>VII.6</b>	<b>DESLINDE ENTRE ÓRDENES JUDICIALES.....</b>	<b>17</b>
<b>VII.7</b>	<b>TRÁMITE PROCESAL DE LA PRUEBA ILÍCITA.....</b>	<b>18</b>
<b>VIII</b>	<b>DOCTRINA .....</b>	<b>20</b>
<b>VIII.1</b>	<b>TEORÍA FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO .....</b>	<b>20</b>
<b>VIII.2</b>	<b>EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN .....</b>	<b>21</b>
<b>VIII.2.1</b>	<b>REGLA DE CONEXIÓN DE ANTI JURIDICIDAD.....</b>	<b>22</b>
<b>VIII.2.2</b>	<b>LA PRUEBA JURÍDICAMENTE INDEPENDIENTE .....</b>	<b>24</b>
<b>VIII.2.3</b>	<b>EL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE .....</b>	<b>25</b>
<b>VIII.2.4</b>	<b>EL HALLAZGO CASUAL .....</b>	<b>25</b>
<b>VIII.2.5</b>	<b>VÍNCULO ATENUADO .....</b>	<b>26</b>
<b>VIII.2.6</b>	<b>CONFESIÓN VOLUNTARIA DEL INculpADO.....</b>	<b>27</b>
<b>VIII.2.7</b>	<b>LA BUENA FE.....</b>	<b>28</b>
<b>VIII.2.8</b>	<b>LA ILEGALIDAD EN PRUEBAS OFICIALES O PARTICULARES.....</b>	<b>29</b>
<b>IX</b>	<b>JURISPRUDENCIA ACTUAL.....</b>	<b>31</b>
<b>IX.1</b>	<b>DERECHOS AFECTADOS .....</b>	<b>31</b>
<b>IX.1.1</b>	<b>AFECCIÓN AL DERECHO A LA INTIMIDAD.....</b>	<b>31</b>
<b>IX.1.2</b>	<b>AFECCIÓN AL DERECHO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA .....</b>	<b>32</b>
<b>IX.1.3</b>	<b>AFECCIÓN AL DERECHO DE SECRETO DE LAS COMUNICACIONES</b>	<b>33</b>
<b>IX.1.4</b>	<b>AFECCIÓN AL DERECHO DE DEFENSA.....</b>	<b>34</b>
<b>X</b>	<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>35</b>
<b>XI</b>	<b>FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS.....</b>	<b>37</b>
<b>XI.1</b>	<b>FUENTES BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>37</b>
<b>XI.2</b>	<b>FUENTES NORMATIVAS .....</b>	<b>39</b>
<b>XI.3</b>	<b>FUENTES JURISPRUDENCIALES .....</b>	<b>40</b>

## I LISTADO DE ABREVIATURAS

En la redacción del presente Trabajo Fin de Grado se han utilizado las siguientes abreviaturas:

AN	Audiencia Nacional.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
BOE	Boletín Oficial de Estado.
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil (Gaceta de 25 de julio de 1889).
CE	Constitución Española de 1978 (BOE 311 de 29 de diciembre de 1978).
CEDH	Convenio europeo de derechos humanos.
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, incluye última actualización publicada en BOP de 28 de abril de 2015.
EM	Exposición de motivos.
FGE	Fiscalía General del Estado.
FJ	Fundamento jurídico.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 7 de 8 de enero de 2000).
LECrim	Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incluye última actualización publicada en BOP de 28 de abril de 2015.
LJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. BOE 245/2011, de 11 de octubre de 2011.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Publicado en BOE de 02 de julio de 1985.
LOTJ	Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. (BOE 122 de 23 de mayo de 1995).
REC	Recurso ante el Tribunal Supremo.

STC	Sentencia del Tribunal Constitucional de España.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TS	Tribunal Supremo de España.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

## II RESUMEN

Este Trabajo contempla el tratamiento jurídico y procesal de la prueba ilícita en el orden jurisdiccional penal en los últimos años. Si bien la norma jurídica al respecto no ha cambiado desde 1985, la jurisprudencia sí lo ha hecho, especialmente hacia las excepciones a la regla de la exclusión probatoria derivada de la aplicación del art. 11.1 LOPJ.

La llamada teoría del árbol envenenado se basa en la inferencia de ilicitud desde las pruebas obtenidas de cualquier actuación que violentase los derechos fundamentales hacia aquellas otras fuentes de prueba reflejas. En los últimos años se está matizando este precepto legal, incluso podría decirse que se está reinterpretando, especialmente por la jurisprudencia el Tribunal Supremo.

La base en la que se sustenta los cambios introducidos por el Alto Tribunal se puede concretar en una serie de exclusiones a esa ilicitud que dimanaba de la aplicación axiológica del art. 11.1 LOPJ. Estas decisiones judiciales están provocando debates doctrinales en cuyo trasfondo se encuentra la Teoría General del Delito recogida en nuestro Derecho penal como instrumento dogmático del *ius puniendi*<sup>1</sup>.

La consecuencia penal de este nuevo escenario procesal es que se está ponderando más fuerte al procedimiento que busca la verdad frente al tradicional y garantista de protección constitucionales a los derechos fundamentales. Es necesario conocer en qué tipo de circunstancias las pruebas no devienen ilícitas tal y como hasta ahora así eran calificadas indirectamente. Este trabajo es un acercamiento a esta situación jurídica de origen estadounidense<sup>2</sup> y base jurisprudencial con explicaciones y justificaciones en el Derecho comparado.

---

<sup>1</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros. 2012. *"Derecho Penal. Introducción Teoría Jurídica del Delito"*, p. 32.

<sup>2</sup> Se recoge (entre otras) en la STS 927/2012 FJ 1º: "[...] pionero en la aplicación de esta doctrina ("*fruits of the poisonous tree*") [*frutos del árbol envenenado*], es indudable que resoluciones como *Hudson vs. Michigan*, o *Herring vs. EE.UU.*, han atenuado mucho los efectos de la "*exclusionary rule*" [*regla de exclusión*]"

### III ABSTRACT

*Spanish criminal procurement is changing from the very first state of considering unconstitutional every evidence, directly or derivatively, obtained violating fundamental rights toward the current scenario, based on the deterrence effect over police activity. The exclusionary rule is no longer an absolute rule for all evidences wrongfully obtained. This pathway is not peaceful at all, but latest Spanish Supreme Court decisions confirm that there is no turning back, and it is supported by Spanish Constitutional Court according to others European Supreme Courts and the ECHR.*

### IV PALABRAS CLAVES

Prueba ilícita, prueba constitucional, regla de exclusión, excepciones de ilicitud, efecto disuasorio.

### V KEY WORDS

*Evidence wrongfully obtained, exclusionary rule, deterrence effect, fruits of the poisonous tree, derivatives of excluded evidence.*

## VI INTRODUCCIÓN

El descubrimiento de la verdad debe tener límites, sobre todo en los procedimientos penales<sup>3</sup>. Los principios jurídicos que sustentan la legalidad del Estado para utilizar la fuerza serán respetados para que se pueda hablar de Estado de Derecho. Si además debe ser democrático estará sujeto a la legitimidad dimanante del respecto a los derechos fundamentales.

Así, las averiguaciones en el proceso penal deben respetar el Ordenamiento jurídico además de la Constitución pero también es necesario un ejercicio estatal del derecho penal para prevenir el delito y ejemplarizar conductas, sin el cual no se podría convivir en sociedad. Estos dos ámbitos deben encontrarse en un área donde se compatibilice los derechos de los ciudadanos en general con la necesaria labor punitiva legítima e ínsita en la prevención estatal del delito<sup>4</sup>.

En consecuencia, habría un “gradiente de licitud-ilicitud” entre la protección máxima de los derechos fundamentales y el descubrimiento de la verdad, o sea, si el fin justifica o no los medios<sup>5</sup>. Para evitar la violación de derechos fundamentales en la obtención de pruebas el Legislador introdujo el art. 11.1 LOPJ<sup>6</sup> en 1985<sup>7</sup>, cuyo resultado pretendido era excluir las pruebas reputadas ilícitas de los procedimientos judiciales. Con ello se quiere prevenir que el fin justifique los medios, lo que sigue vigente a la fecha. Esa calificación de la ilicitud probatoria directa e indirecta está reconocida doctrinal y jurisprudencialmente como regla de exclusión, que deriva de la teoría del árbol envenenado, pero no se encuentra en el Derecho positivo, que se sitúa

---

<sup>3</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros. 2012 “Derecho Penal. Introducción Teoría Jurídica del Delito”, *op. cit.*, pp. 51 y ss.

<sup>4</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, JL. “*El proceso penal español a comienzos del siglo XXI*”, Indret, p. 22, que establece el necesario equilibrio constitucional entre el Estado garante de la paz social y los derechos del acusado que es inocente mientras no se demuestre lo contrario.

<sup>5</sup> El ATS de 18 de junio de 1992 (rec. 610/1990) recoge perfectamente la idea que con la expresión “*la verdad real no puede obtenerse a cualquier precio*”.

<sup>6</sup> El art. 11.1 LOPJ estipula “*En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”.

<sup>7</sup> En 1984 y antesala de la Ley del Poder Judicial se dictó, en ausencia de ley respecto a la ilicitud, la STC 114/84 que marcaba los límites probatorios en la no violación de derechos fundamentales.

sobre la prevalencia de la defensa de los DD.FF.<sup>8</sup> sobre el descubrimiento de la verdad<sup>9</sup>.

En la actualidad, la jurisprudencia patria está adoptando un camino<sup>10</sup> que se va alejando de la aplicación estricta y axiológica de la regla de exclusión y se acerca aceleradamente hacia un estadio donde pondera mucho más que antes el conocimiento de la verdad en los procedimientos judiciales, subyaciendo el fin disuasorio hacia la actividad policial<sup>11</sup>. O sea, se aleja del polo jurídico de protección absoluta de los derechos fundamentales hacia el otro polo de conocimiento de la verdad. Dicho camino jurisprudencial se justifica en sí mismo utilizando excepciones a la teoría del árbol envenenado, esto es, considerar que existen situaciones jurídicas en la cuales está justificada la utilización de pruebas que hasta el momento eran reputadas ilegítimas por aplicación directa o indirecta del art. 11.1 LOPJ.

En este trabajo se va a describir cuáles son esas excepciones a la regla de exclusión que permiten valorar la prueba en un proceso sin que se violenten los derechos fundamentales de forma nuclear. Anticipamos que estas reglas son jurisprudenciales y doctrinales y que difícilmente son conferidas por el glosado del art.11.1 LOPJ.

En esta línea, hay que indicar que no existe regla jurídica para interpretar *ex ante* que una prueba será una excepción a la ilicitud<sup>12</sup> conllevando la valoración en un proceso penal; no obstante lo anterior, la Fiscalía General del Estado está instruyendo a los

---

<sup>8</sup> Derechos fundamentales son los recogidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución española de 1978 bajo la rúbrica “de derechos fundamentales y de las libertades públicas”.

<sup>9</sup> Es especialmente interesante los apuntes de Rodríguez Cussac al respecto, cuando en sus comentarios de la Teoría del Derecho Penal Enemigo indica “*De aquí la necesidad de establecer límites a la acción estatal, incluso si su intervención se justifica en aras de un mayor bienestar, de tutelar la libertad o de garantizar la seguridad*”, Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, JL. 2007. “*El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal enemigo*”, Revista Penal núm. 19, p.62.

<sup>10</sup> La STS 116/2017 recoge este proceso en FJ 4º como: “...la doctrina sobre la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no responde a una fotografía estática, antes al contrario, ha experimentado una más que apreciable evolución desde su formulación inicial por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”.

<sup>11</sup> MORAL GARCÍA, A. 2013. “La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de la prueba refleja y supuestos de ruptura”, p. 5.

<sup>12</sup> STS 605/2010, de 24 de junio, acaba diciendo que no existen nulidades presuntas.



fiscales ante la nueva jurisprudencia y los nuevos espacios probatorios que hasta ahora estaban vedados en las investigaciones e instrucciones judiciales.

Finalmente, se hará en este trabajo referencia a recientes e importantes Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues el art. 5 bis LOPJ<sup>13</sup> permite de un nuevo recurso de revisión ante el Alto Tribunal español de las sentencias condenatorias.

No se debe acabar sin hacer mención a la metodología empleada para la elaboración de este trabajo. Se ha realizado una consulta sistemática de la doctrina y especialmente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto en su doctrina jurisprudencial como en las Sentencias y Autos que han llegado hasta el día 20 de noviembre de 2017. De forma similar se ha consultado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con la misma fecha de finalización. Esta labor investigadora se ha sustentado documentalmente en el software gratuito denominado *Trello*<sup>14</sup> con el cual se ha podido recopilar, organizar y archivar sentencias y doctrinas.

---

<sup>13</sup> El TS en su Acuerdo Plenario de la Sala Segunda, de 12 de noviembre de 2013, manifestó la necesidad de cauce procesal a la efectividad de las resoluciones del TEDH, en relación al asunto Del Río Prada c. España, que con la reforma de la LOPJ de 2015 vino a incluirse el art. 5 bis y acabar tal carencia.

<sup>14</sup> Trello, Inc. Disponible en <http://www.trello.com>

## VII ASPECTOS GENERALES

En este Capítulo se tratará someramente aspectos de Teoría General del Delito y las consideraciones respecto a la antijuridicidad e ilicitud para caracterizar correctamente las diversas calificaciones jurídicas que pueden atribuirse a las fuentes de prueba.

También se versará sobre las particularidades de los tipos de fuentes de prueba en función al tratamiento jurídico en general además del ámbito procesal penal, con el ánimo de clarificar las distintas clasificaciones por las que subyace la ilicitud probatoria.

### VII.1 ANTIJURIDICIDAD, ILICITUD Y CULPABILIDAD

Como se sabe, no toda conducta típica debe ser castigada, sino que debe ser, además, antijurídica y culpable. Esto es, para que haya injusto penal se debe prescindir de los elementos necesarios de justificación del hecho típico. Pero para que haya reproche penal debe concurrir los elementos que indiquen la culpabilidad del autor en el sentido de la imputabilidad, exigibilidad y conciencia antijurídica de los hechos<sup>15</sup>.

Aplicado a la actividad probatoria, la ilicitud de la prueba se agota en la medida en que aparezca o demuestre la justa causa, y a la inversa, la prueba deviene ilícita si se demuestra que procede de un hecho antijurídico.

En este sentido, en el ámbito de la actividad probatoria, todas las causas justificativas contempladas en el CP deben ser potencialmente valorables para cada caso determinado. Así, el estado de necesidad de una persona podría provocar la justificación de su conducta por la que se obtuviese un medio de prueba que de otra manera sería ilícito. Por ejemplo, el acceso por necesidad a un recinto en el que se

---

<sup>15</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros. 2012 *"Derecho Penal. Introducción Teoría Jurídica del Delito"*, op. cit., pp. 81-82.

descubre la comisión de un delito, se podría reputar como lícita la prueba penal correspondiente y por tanto, valorable en un proceso penal.

Concretando, se califica ilícito a un hecho<sup>16</sup> por ser antijurídico al no tener justificación la conducta que aparece en el tipo penal correspondiente y ser culpable de ello. Esta cualidad de lo ilícito hace que esté contra el Ordenamiento jurídico y debe ser sancionado, bien eliminando lo ilícito del mundo jurídico bien castigando al autor por ello, o ambas consecuencias.

Sentado lo anterior, debemos obviar las circunstancias que conlleva la culpabilidad<sup>17</sup> en las circunstancias de la obtención de la fuente de prueba<sup>18</sup>, y debemos plantear ahora que si con una conducta ilícita (por vulneración de un derecho fundamental) podría obtenerse algo jurídicamente irreprochable, o por el contrario, si cualquier acto ilícito conlleva plena ilicitud de todo lo de él obtenido. Este planteamiento que dejamos abierto para ser tratado *infra* está recogido en la doctrina y en la jurisprudencia española.

## VII.2 PRUEBA ILÍCITA. RÉGIMEN JURÍDICO

Antes de avanzar se debe concretar la naturaleza y el régimen jurídicos de la prueba ilícita. La prueba en todo procedimiento penal se sitúa en el centro, alrededor del que todos los operadores jurídicos giran. A efectos prácticos se puede decir que si no hay prueba no hay castigo aun habiendo delito; por ello, el Estado debe<sup>19</sup> encontrar el autor del delito para hacer justicia mediante pruebas de su autoría antijurídica. Esta exégesis del Derecho penal puede completarse con la idea de que las pruebas ilícitas no son valorables en un proceso penal (art. 11.1 LOPJ), luego la actividad probatoria

---

<sup>16</sup> Indica DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. 2016. “*Derecho Penal Español Parte General. Parte General en Esquemas*”, 4ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanc, p. 253, que si la causa de justificación no concurre plenamente la conducta debe ser considerada ilícita.

<sup>17</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros. 2012 “*Derecho Penal. Introducción Teoría Jurídica del Delito*”, op. cit., pp. 319-320.

<sup>18</sup> Dejamos fuera la culpabilidad como parte de la Teoría del Delito pues lo que aquí interesa es la calificación jurídica de la prueba y sus circunstancias, y no de la culpabilidad del autor por la obtención de la fuente probatoria, que en su caso tendría un tratamiento procesal penal paralelo.

<sup>19</sup> Tratándose de delitos públicos.

viene a confirmarse como importante y decisiva en el proceso penal. Todo lo anterior es dogmático pero debe ser cuestionable por no representar una verdad absoluta para todos los casos.

Sentado lo anterior, la acusación tendrá que encontrar pruebas lícitas<sup>20</sup> para demostrar la autoría de los hechos enjuiciados, y la defensa se deberá centrar en esgrimir otras de inocencia, y también, ambos, en impedir la valoración de las fuentes de pruebas ilícitas presentadas de contraparte. En consecuencia, las estrategias procesales de los abogados defensores deben también enfocarse en encontrar ilicitud en la actividad probatoria contraria.

En el mencionado art. 11.1 LOPJ se establece el principio de licitud requerido a la prueba, también en el orden penal. Se hace necesaria traer a colación la pionera STC 114/84 en la que se sopesa la violación de los derechos en la obtención de la prueba frente al conocimiento de la verdad alumbrada por ella, estableciendo que cuando tales derechos afectados, de forma directa e inmediata, sean fundamentales no se debe ceder ante el interés de la demostración de la verdad en el proceso. Por tanto, bajo ciertas condiciones, no se puede violentar los derechos fundamentales para conocer la verdad en el proceso. Se puede apreciar cierto matiz en la interpretación del TC respecto al taxativo art. 11.1 LOPJ, esto nos servirá para interpretar la doctrina que veremos en este Trabajo, en especial respecto al grado de ilegalidad de las pruebas y sus consecuencias en los medios de prueba<sup>21</sup>.

En definitiva, la clave de la ilicitud de una prueba obtenida de otra inconstitucional (obtenida habiéndose conculcado los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución española) reside en el modo en que se ha obtenido la fuente que se desea incorporar al proceso penal mediante alguno de los medios permitidos en derecho<sup>22</sup>. Sin embargo, la

---

<sup>20</sup> La forma de obtener una prueba también provoca la ilicitud de ésta, según establece la STS 386/2007.

<sup>21</sup> MORENO CATENA, V. y otro. 2015. *"Derecho Procesal Penal"*. 7ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanc, p. 426.

<sup>22</sup> MONTERO AROCA, J. y otros. 2017. *"Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal"*. 25ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanc, p. 395.

consecuencia jurídica que conlleva el art. 11.1 LOPJ no es la de restauración del derecho fundamental violentado sino la de prevenir futuras acciones que lo hagan<sup>23</sup>.

### VII.3 PRUEBA PROHIBIDA, PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA ILEGAL

Para que la prueba sea aceptada y despliegue los efectos oportunos a la hora de ser valorada es necesario que pase por un control jurídico del cual vendría a ser calificada como legal, ilegal, ilícita o prohibida según el resultado<sup>24</sup>.

Lógicamente, aquí no hay nada que comentar respecto a la prueba legal y su tratamiento procesal, no así las demás. Hay que empezar por las calificaciones (o descalificaciones) más graves a las que son sometidas las pruebas.

De partida, hay autores<sup>25</sup> que definen la prueba prohibida como aquella cuya infracción en su obtención afecta al contenido esencial de los derechos o libertades fundamentales recogido por el art. 24.2 CE, pues este precepto constitucional recoge el derecho fundamental que otorga al encausado la facultad de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, vemos aquí que también la Constitución acota la actividad probatoria a aquellas que sean pertinentes y no sólo la LOPJ. Por eso, también se denomina indistintamente prueba ilícita o prueba inconstitucional o prueba prohibida.

Por otro lado, la prueba ilegal o prueba irregular es aquella que se ha obtenido con infracción de la Ley procesal sin vulnerar contenido esencial de algún derecho fundamental<sup>26</sup>, lo que excluiría la aplicación del art. 11.1 LOPJ; cabe, por tanto,

---

<sup>23</sup> MORAL GARCÍA, A. 2013. "La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de la prueba refleja y supuestos de ruptura", *op. cit.*, p.15.

<sup>24</sup> Más amplia es la denominación en la doctrina, como recoge MIRANDA ESTRAMPES, M. 2010. "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones", mayo 2010, pp. 131-132: "Es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el de prueba clandestina".

<sup>25</sup> MORENO CATENA, V. y otro. 2015. *Derecho Procesal Penal*. 7ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanc, *op. cit.*, p. 426.

<sup>26</sup> STS 999/2004 FJ 1º *in fine* en referencia a "meras infracciones procesales" respecto a la fuente de prueba que no afecten al derecho fundamental, en este caso, derecho constitucional de secreto de las

evaluar jurídicamente esa infracción legal para considerar su posible exclusión del proceso penal so pena de nulidad<sup>27</sup>. Así, es necesario remarcar que esta irregularidad probatoria por infracción de legalidad ordinaria puede ser subsanable o no, pero también si impide o no la utilización indirecta de otros medios indirectos<sup>28</sup>; debe entenderse, el art. 243.1 LOPJ establece que la nulidad de un acto no se implica la de los otros independientes ni la de otros cuyo contenido hubiera permanecido invariante respecto de la causa de la nulidad.

Ahora bien, en un proceso penal, entre una fuente de prueba ilícita y otra totalmente legal (porque no afecta en absoluto a los derechos fundamentales) existe la aquí denominada prueba irregular, que es aquella derivada de la ilícita cuyas diferencias no debe evaluarse en un primer grado (entiéndase directamente) sino atendiendo a las circunstancias con base en las pruebas relacionadas con ambas, o sea, advertidas en un segundo grado<sup>29</sup>. Por tanto, aquí interesa sólo las dos clases de fuentes de pruebas: la ilícita<sup>30</sup> y la irregular.

#### VII.4 PRUEBA DIFERENTE Y PRUEBA INDEPENDIENTE

Se tratará *infra* con mayor profundidad las consecuencias de unas fuentes de prueba distintas y fuentes de prueba independientes, pero ahora es necesario hacer mención a la STC 81/1998 pues obliga a no confundir “diferente” con “independiente” cuando se habla de fuente de prueba.

Por otro lado, la STC 81/1998 incluye también, en su FJ 4º, que las “... *pruebas reflejas* [o derivadas] *son desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas*”,

---

comunicaciones ante una supuesta carencia de control judicial en unas escuchas que sí tenían autorización.

<sup>27</sup> Establece el art. 283.3º LOPJ que las actuaciones judiciales serán nulas cuando se produzca indefensión por mor de haber prescindido de las normas esenciales del procedimiento.

<sup>28</sup> MORENO CATENA, V. y otro. 2015. *Derecho Procesal Penal*. 7ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanc, *op. cit.*, p.427.

<sup>29</sup> La STS 115/2015 FJ 1º recoge las diferencias y diferenciación de las pruebas ilícitas respecto a las de ellas derivadas.

<sup>30</sup> Ilícita, inconstitucional, ilegítima o prohibida denominan el mismo supuesto de hecho sancionado en el art. 11.1 LOPJ.

entendiéndose que las pruebas reflejas son pruebas diferentes (igualmente denominadas como derivadas o reflejas). Por tanto, y antes de entrar en la ilicitud, una prueba independiente de otra es aquella que no presenta vínculo o conexión causal con ella, y la prueba diferente de otra es cuando sí existe vínculo causal con otra. Esto es, la STC 81/1998 establece que por ser prueba diferente (también denominada refleja o derivada), ésta es intrínsecamente legítima.

Pero si a este planteamiento incluimos la ilicitud, el art. 11.1 LOPJ sólo permite valorar la pruebas independientes de fuentes ilícitas, esto es, que no haya<sup>31</sup> vínculo o conexión causal con la fuente de prueba ilícitamente obtenida<sup>32</sup>. Por tanto, habrá que estudiar cada fuente de prueba con sus interrelaciones naturales y jurídicas (conexiones de antijuridicidad) para sólo valorar aquellas que superen la regla de exclusión, y además lo más pronto posible por las consecuencias que veremos *infra*.

## VII.5 CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA EN DERECHO COMPARADO

La teoría prueba ilícita se origina en EE.UU. denominándose allí como prueba inconstitucionalmente obtenida o impropriamente obtenida, cuyo primer efecto fue la de disuadir a la policía para que no realizara conductas inconstitucionales, especialmente respecto a la violación de la IV Enmienda<sup>33</sup> a su Constitución, más que evitar dañar derechos fundamentales directamente.

En Alemania se conoce como prohibición probatoria, dividida en dos grupos, el primero referente a la prohibición de su producción y el segundo que prohíbe su práctica<sup>34</sup>. Hay que remarcar la *teoría del entorno jurídico* por el cual se pondera si la

---

<sup>31</sup> La jurisprudencia acepta que no se transfiere ilicitud de la prueba prohibida hacia la derivada si el vínculo es atenuado.

<sup>32</sup> STC 81/1998 FJ 6º.

<sup>33</sup> Establece la IV Enmienda a la Constitución de EE.UU. que “*El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas*”. [consulta: 31 octubre 2017]. Disponible en <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>

<sup>34</sup> PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AJ. y otros. 2009. “*Derecho Procesal Penal*”. 1ª Ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 457.

fuente probatoria afecta de forma esencial al encausado o por el contrario no tiene esa componente de daño o resulta ser de un tercero<sup>35</sup>. Como explica Miranda Estampes (2010) el Tribunal Constitucional alemán tiene otra teoría al respecto de la afección a un derecho fundamental denominada *teoría de los tres círculos* consistente en según qué grado de afectación tenga el derecho; así un primer círculo de privacidad personal excluyente del *ius puniendi*; el segundo que la intervención estatal será proporcionada y ponderada entre intereses particulares y generales, y un tercer círculo, que no perturbe el libre desarrollo de la personalidad<sup>36</sup>.

Por otro lado, el TEDH fundamenta sus decisiones acerca de la prueba ilícita en el art. 6.2 CEDH conectándola con el derecho a un proceso equitativo; por ejemplo la STEDH del asunto *Alony Kate c. España*<sup>37</sup>, en la que se el Tribunal europeo desestima la pretensión del demandante porque considera que no había vínculo de antijuridicidad<sup>38</sup> entre escuchas ilegales y el resto de pruebas.

La muy reciente STS 116/2017<sup>39</sup> (caso *Falciani*) explica que la propia Sala de lo Penal no se ha pronunciado nunca sobre el valor probatorio de documentos bancarios (que son la fuente de prueba obtenidas supuestamente de manera ilícita). Por ello y para casos con las mismas fuentes de prueba (los documentos conocidos como *lista Falciani*), se recoge en FJ 3º la decisión del TS belga, que se basa en el principio de buena gobernanza que otorga al Gobierno derecho que se equilibra con el derecho fundamental violentado; también las dos Sentencias del TS francés y su dualidad jurisprudencial ante dos casos paralelos, pero que la STS da preponderancia a la más actual que se basa en un efecto reflejo debilitado por su “origen remoto” respecto a la prueba cuestionada y que resulta finalmente valorable; en tercer lugar y en la misma

---

<sup>35</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M. 2010. “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *op. cit.*, p. 135.

<sup>36</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M. 2010. “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *op. cit.*, p. 136, que recoge a *Roxin y Jäger*.

<sup>37</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Alony Kate* contra España. Sentencia de 17 de enero de 2012, §66.

<sup>38</sup> Denominado por la doctrina y jurisprudencia nacionales como “conexión de antijuridicidad”.

<sup>39</sup> STS 116/2017, de 23 de febrero, que sentencia sobre el conocido *Caso Falciani*, recoge en su FJ 3º las jurisprudencias de Tribunales europeos.



línea hace mención a la decisión italiana para evaluar estos documentos que califica como legítimos frutos de un acuerdo de cooperación. En cuarto lugar, expone la decisión en otro caso similar del Tribunal Constitucional alemán sobre no valorar prueba que viole el núcleo duro del derecho fundamental a la intimidad, dejando a salvo la necesidad de un razonamiento específico para cada caso, decisión respaldada por el TEDH<sup>40</sup> con su argumento de “proporcionalidad” de la medida y “conexión” a la tutela de los intereses colectivos en relación con que la evasión fiscal es un delito grave.

## VII.6 DESLINDE ENTRE ÓRDENES JUDICIALES

Antes de profundizar en el análisis de la naturaleza jurídica de las pruebas y su calificación penal y procesal es necesario establecer el límite respecto a los distintos órdenes judiciales en los que se va a operar.

En este trabajo se estudia la teoría de la prueba ilícita en el orden jurisdiccional penal, pero esto no excluye el civil, pues, en virtud del art. 4 LEC, éste es supletorio en lo no dispuesto en las leyes penales. Por otro lado, en el orden civil hay que hacer mención al art. 287 LEC que rige en procesos civiles respecto a la ilicitud probatoria en relación con el art. 11.1 LOPJ, por lo que lo aquí estudiado se puede sostener en Derecho muchos conceptos jurídicos aplicables civilmente; eso sí, no exentos de una valoración prudente con las salvedades lógicas de estos dos órdenes judiciales.

Respecto al orden social, el art. 90.2 LJS estipula lo concerniente a la prueba ilícita respecto a su consideración y efectos en el proceso judicial correspondiente<sup>41</sup>. Por otro lado, en el orden contencioso-administrativo, se atenderá a lo recogido en el art. 60.4 LJCA que deriva al procedimiento civil la actividad probatoria (LEC) cuando se

---

<sup>40</sup> STEDH, de 6 de octubre de 2016, caso *KS. y MS. c. Alemania*.

<sup>41</sup> Prueba de ello se tiene la reciente STS 630/2016 que conocía de supuesta vulneración de derechos fundamentales por la instalación de cámaras de video vigilancia en el lugar de trabajo. También otra STS 77/2017 de unificación de doctrina respecto a tales enjuiciamientos cuando se conocen por parte del trabajador la existencia de tales cámaras de videograbación.

trate de procedimiento ordinario, y al art. 78.17 LJCA respecto a ilicitud de las pruebas en el procedimiento abreviado.

## VII.7 TRÁMITE PROCESAL DE LA PRUEBA ILÍCITA

La prueba ilícita confiere unos efectos en su incorporación en el proceso para que deba ser apreciada por el órgano enjuiciador que conllevan el riesgo de la llamada “metástasis procesal” como lo denominaba la STS 195/2014<sup>42</sup> por lo que es importante que haya una actividad de saneamiento previo al proceso para evitar la contaminación probatoria (reflejo de ilicitud)<sup>43</sup>.

Apunta Moral García (2013)<sup>44</sup> dos efectos origen de problemas como son (a) haber adoptado una posición procesal equivocada derivada de no haber tenido en cuenta elementos probatorios que finalmente no fueron excluidos del proceso y (b) la “...subliminal influencia psicológica...” que dimana de la fuente de prueba declarada inconstitucional hacia la “...valoración global de la actividad probatoria”.

Especial relevancia al respecto tiene la LOTJ por la transcendencia que puede tener la apreciación del jurado de un medio de prueba. Establece dicha Ley en su art. 36.1.c) que habrá que alegar la vulneración de algún derecho fundamental en el momento de plantear las cuestiones previas *so pena* de que se tenga que disolver el jurado por vulneración del derecho de presunción de inocencia. Esto es, como se indica en la Exposición de Motivos de dicha Ley, el control de la existencia de la prueba corresponde al Magistrado y su suficiencia a los Jurados, todo ello viene conferir “... *un alto grado de confianza en la magistratura como garante del buen funcionamiento de la Institución*”<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> STS 195/2014 FJ 3º.

<sup>43</sup> STS 116/2017 FJ 3º.

<sup>44</sup> MORAL GARCÍA, A. 2013. “*La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de la prueba refleja y supuestos de ruptura*”, *op. cit.*, p. 59.

<sup>45</sup> LOTJ, EM: IV Juicio oral 4. *Disolución del Jurado*.

No obstante, como recoge Moscoso del Prado Muñoz (2016)<sup>46</sup> no hay claridad de cuándo es el momento procesal oportuno para alegar la ilicitud probatoria puesto que la LOPJ no señala el momento ni el modo. Es más, los arts. 238 y ss. LOPJ están orientados a la nulidad de actuaciones de carácter procesal, que en principio, no abren vía para impugnar ilicitudes de fuentes de prueba. Aún más, en la propia STS 569/2013 (voto particular) se reconoce que “*no existe una praxis extendida de expulsión previa de la prueba ilícita*” haciendo además a referencia al art. 786.2 LECrim<sup>47</sup>. Ahondando en este asunto, se pronuncia la Fiscalía General del Estado en 2013<sup>48</sup> en el sentido de hacer todo lo posible para que el órgano judicial declare nula la actuación probatoria e interrumpiendo *ipso facto* la vulneración del derecho fundamental.

Con base en todo lo anterior, se debe estar a lo estipulado en el art. 4 LEC con su finalidad de cláusula de cierre procesal y que rige en su art. 287 que la ilicitud de la pruebas habrá de alegarse de inmediato, con traslado a las demás partes; si bien, puede ser apreciado de oficio por el órgano judicial. La resolución será antes del comienzo de la práctica de la prueba, y se dispone de recurso de reposición que será resuelto en el mismo acto, a salvo de que pueda ser impugnada la prueba en la posible apelación.

---

<sup>46</sup> MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ, J. y otros. 2016. “*La Prueba en el Proceso Penal*”. 1ª Ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p.46.

<sup>47</sup> El art. 786.2 LECrim abre la posibilidad de alegar vulneración de algún derecho fundamental en la apertura del juicio oral tras los escritos de acusación y defensa.

<sup>48</sup> FGE circular 1/2013.

## VIII DOCTRINA

En la línea de todo lo anteriormente expuesto puede aseverarse que toda fuente de prueba directa ilícitamente obtenida es ineficaz en un proceso penal. Sin embargo, la divergencia doctrinal es causada por si la aplicación de la regla de exclusión debe ser estricta o laxa, absoluta o relativa en casos penales donde de una fuente de prueba ilícita derivan otras pruebas potencialmente valorable.

En otras palabras, por un lado, se considera que la fuente de prueba derivada de una ilícita debe ser considerada directamente ilícita (y por consiguiente, ineficaz y no valorable) por el efecto expansivo<sup>49</sup> de la ilicitud dimanante de la inicialmente ilícita. Por otro lado, existe la doctrina que considera la necesidad de establecer ciertas excepciones a ese reflejo de ilicitud de una fuente de prueba a la otra derivada de ella. La prevalencia de un planteamiento doctrinal sobre el contrario es lo que va conformando la teoría de la prueba ilícita según el momento.

Aquí es donde empieza el núcleo del Trabajo Fin de Máster, o sea, en el establecimiento de qué teoría de la prueba ilícita tiene más peso doctrinal en la actualidad, ponderación que se obtiene en la acogida de una u otra por las sentencias judiciales actuales.

### VIII.1 TEORÍA FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO

El Ordenamiento jurídico debe proscribir que una prueba que violente los derechos fundamentales despliegue efectos en un procedimiento penal. Pero dentro del conjunto probatorio, la obtención de unas pruebas puede ser derivada de otra. La teoría de frutos del árbol envenenado infiere ilicitud a toda prueba derivada de otra ilícita, como la sabia envenenada de un árbol envenena todo fruto derivado de él.

Esta sería la regla general utilizada por los órganos jurisdiccionales de nuestro país y recogida en la STS 448/1997 como *“Los frutos del árbol envenenado deben estar, y*

---

<sup>49</sup> También llamado efecto directo o reflejo por la doctrina.

*están (art. 11.1 LOPJ) jurídicamente contaminados*<sup>50</sup>. Ciertamente, la aplicación estricta de esta regla puede conllevar que haya casos donde no se condenen a imputados confesos, pero que en oposición a esto, quedan salvaguardados los derechos fundamentales de aquellos encausados donde su única fuente de prueba incriminatoria sea una obtenida violando alguno de sus derechos fundamentales<sup>51</sup>.

La política penal de un país tiene cierta influencia en la aplicación más o menos exquisita en este campo. En los siguientes puntos se van a tratar excepciones a esta severa regla jurídica, muchas de origen de otros Ordenamientos de países de nuestro ámbito.

La consecuencia procesal de apreciación de ilicitud de una prueba previamente valorada por un órgano judicial provoca unas consecuencias nefastas al sistema procesal que erosiona la jurisdicción y otros derechos además de los fundamentales; y hace que las actuaciones tengan que retrotraerse hasta el momento inmediatamente anterior a la formulación de la pretensión acusatoria y de la proposición de prueba<sup>52</sup>.

## VIII.2 EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, especialmente en la del Tribunal Supremo, se utiliza la doctrina de la conexión de antijuridicidad<sup>53</sup>, evaluando a través de ella pruebas derivadas de una conducta que produjo una fuente de prueba inconstitucional. En lo que sigue se expresarán, en función de las circunstancias de la actividad probatoria y de cada caso penal, los distintos tipos de excepciones a la regla de exclusión con referencias jurisprudenciales<sup>54</sup> y doctrinales. Aquí lo que subyace es lo recogido por la STC 81/1998 sobre la ya comentada legitimidad intrínseca de las

---

<sup>50</sup> La doctrina jurisprudencial fue sentada en la STS 448/1997 donde se proscribía las pruebas directas e indirectas que vulneraran los derechos fundamentales (FJ 2º).

<sup>51</sup> STS 569/2013 FJ 1º.

<sup>52</sup> STC 184/2003 FJ 14º.

<sup>53</sup> STC 81/1998 FJ 6º en la que se recoge una desconexión de antijuridicidad por cuanto atribuye a un error la violación de un derecho fundamental.

<sup>54</sup> STS 228/2017 FJ 5º.

pruebas derivadas de una ilícita, y sólo se derivará la inconstitucionalidad si se establecer un nexo por el cual se conectará la antijuridicidad<sup>55</sup>.

Antes de seguir, hay que resaltar que fue el Tribunal Constitucional el que en su Sentencia 49/1999 expone que “... *en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos.*”<sup>56</sup>, esto es, el TC expone que la regla de exclusión no es absoluta. Es desde entonces cuando, a criterio de Miranda Estrampes (2010)<sup>57</sup>, el TC evoluciona desde la protección constitucional a un proceso con todas las garantías recogidos en el art. 24.2 CE hasta hacer suya la doctrina del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos sobre la función disuasoria de la regla de exclusión.

En esencia, lo que se va a excluir son aquellas pruebas derivadas de una fuente de prueba inconstitucional, y no se pretende valorar pruebas ilícitamente obtenidas directamente, ni tampoco, mutar una prueba ilícita en otra constitucional, y así lo expresa la STS 811/2012 cuando sentencia que son dos tipos de prueba con tratamiento judicial distinto<sup>58</sup>. Volveremos a tratar esta Sentencia en lo referente a vínculo atenuado.

### **VIII.2.1 REGLA DE CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD**

La regla de la conexión de antijuridicidad consiste en la constatación de existencia de relación antijurídica entre prueba fuente y prueba derivada, atendiéndose a las particularidades probatorias de un determinado caso. Como ya se ha comentado, el TC<sup>59</sup> sentenció que las pruebas derivadas son intrínsecamente constitucionales por lo que la regla conexión de la antijuridicidad consiste en tener que demostrar que hay un

---

<sup>55</sup> STC 81/1998 FJ 4º.

<sup>56</sup> STC 49/1999 FJ 12º.

<sup>57</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M. 2010. “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, *op. cit.*, p. 137.

<sup>58</sup> STS 811/2012 FJ 4º.

<sup>59</sup> STC 81/1998 FJ 4º.

nexo jurídico que hace que se expanda la ilicitud de la prueba ilícita a la fuente de prueba refleja.

Expresada de otra manera, que la conexión natural entre dos pruebas no tiene que ser siempre un nexo antijurídico; así lo expresó la STC 81/1998 cuando de unas escuchas ilícitas se conoce de un delito, montándose un dispositivo de vigilancia por el cual se logra la detención de los autores. La regla de conexión se realizará, en palabras del TC, estableciendo un nexo entre unas pruebas ilícitas y otras refleja *“...que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extienden también a las segundas”*<sup>60</sup>. En este caso, el TC entiende que los datos obtenidos del derecho vulnerado no conllevó relevancia para la obtención de la droga y que su incautación se hubiera razonablemente realizado sin vulneración del derecho fundamental.

En concreto, el TC asentó que hay conexión de antijuridicidad cuando<sup>61</sup>:

- a. Proceso analítico interno donde se evaluara qué garantías del derecho fundamental se violación y de qué manera respecto a la prueba origen, además de qué resultado produjo.
- b. Proceso analítico externo, qué tipos de necesidades contempla la tutela del derecho fundamental.

Ambos procesos son complementarios, o sea, que para que resulte una prueba ilícita debe confirmarse que ambos procesos tienen como resultado el respeto al derecho fundamental a proteger.

Por otro lado, la doctrina mantenida por el TS respecto a la conexión de antijuridicidad la podemos encontrar en la Sentencia 9/2004, en la que se recoge la teoría de la conexión de antijuridicidad y que consiste en la evaluación (a) la importancia de la

---

<sup>60</sup> STC 81/1998 FJ 4º *in fine*.

<sup>61</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L. 2017. *“¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus? (Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita)”*, op. cit., p. 23.

vulneración constitucional; (b) el resultado conseguido con esa prueba inconstitucional; (c) si existen otros elementos fuera de la prueba ilícita que pudiera razonablemente pensarse que se conociera aquello mismo que lo que pudo saberse a través de la prueba ilícita; (d) si el derecho fundamental vulnerado necesitara una especial tutela porque su vulneración fuera de mayor facilidad consiguiendo que ésta quedara en la clandestinidad; y (e) la actitud de los que fueran los causantes de la vulneración, especialmente si cayeron en un error al cometerla<sup>62</sup>.

En resumen, habrá conexión de antijuridicidad si existe un nexo causal entre prueba ilícita y prueba independiente y si además existe antijuridicidad de ambas pruebas.

### **VIII.2.2 LA PRUEBA JURÍDICAMENTE INDEPENDIENTE**

Esta excepción de la ilicitud que permite la valoración de la prueba sin que conlleve problemas de violación de derechos fundamentales se sustancia en la acreditación de la independencia jurídica entre esta y la ilícitamente reputada. Fue establecida por el TC en su Sentencia 86/1995 cuando habiéndose realizado una intervención telefónica sin mandamiento judicial, la condena se sustentó en la confesión de un coacusado. También vino a ser recogida como teoría de la fuente independiente por la STS 448/1997 (FJ 2º).

A este respecto, Montero Aroca (2017)<sup>63</sup> define la independencia entre dos fuentes de prueba aquellas entre las que no existe nexo causal por lo que no se transmitiría el efecto indirecto de la vulneración de los derechos fundamentales.

En definitiva, se entiende que hay excepción a la regla de exclusión cuando la prueba refleja derivada de la ilícita no se puede vincular jurídicamente con la prohibida porque no existe nexo causal.

---

<sup>62</sup> STS 9/2004 FJ 5º.

<sup>63</sup> MONTERO AROCA, J. “*Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*”, *op. cit.*, p. 398.



### VIII.2.3 EL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE

Si la aparición de una prueba pudiese venir por una actuación policial motivada, ordenada y metódica desconectaría de la ilicitud de una prueba que, obtenida paralelamente a la citada actuación policial, hubiese sido obtenida violando algún derecho fundamental. Se recoge esta excepción en la STS 974/1997 indicando que el efecto expansivo de ilicitud que implica la aplicación del art. 11.1 LOPJ se vea limitado porque las fuentes sin tacha habrían sido *ineluctablemente descubiertas*<sup>64</sup>.

En el mismo sentido se pronunciaba posteriormente el TC cuando declaraba en su Sentencia 14/2001 de 29 de enero, que aun prescindiendo de las fuentes de prueba declaradas nulas, se pueden probar los mismos hechos por otras vías como la declaración de los acusados, grabaciones correctamente instruidas, etc.; y con ello desvirtuar constitucionalmente el derecho de presunción de inocencia<sup>65</sup>.

Se puede enmarcar en esta excepción la prueba obtenida por vulneración de los derechos fundamentales de un particular que obre en un procedimiento penal contra el acusado, así lo recoge la STC 142/2012<sup>66</sup> cuando indica que la vulneración queda circunscrita en la relación entre ese tercero y el encausado, toda vez que además se vino a confirmar la fuente probatoria obtenida con otras fuentes de prueba lícitamente obtenidas.

### VIII.2.4 EL HALLAZGO CASUAL

Aunque pueda confundirse el hallazgo casual<sup>67</sup> con el descubrimiento inevitable, ambos tienen naturalezas distintas, ya que en el hallazgo casual no concurrían las actuaciones policiales metódicas alejadas del azar.

---

<sup>64</sup> STS 974/1997 FJ 4º.

<sup>65</sup> STC 14/2001 FJ 6º.

<sup>66</sup> STC 142/2012 FJ 4º.

<sup>67</sup> Aunque parte de la doctrina lo denomina *hallazgo casual*, MONTERO AROCA, J “*Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*”, *op. cit.*, p. 396, la recoge con el nombre de *descubrimiento causal*, al igual que la LECrim en sus arts. 579 bis y 588 bis i perteneciente a la regulación de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica.

La exención de ilicitud en el hallazgo causal es precisamente, que la actividad investigadora no conllevaba la voluntad de violación de derechos fundamentales. Es algo parecido a lo que veremos con posterioridad respecto a la buena fe policial en la actividad de obtención de pruebas.

Esta excepción fue inicialmente recogida por la STS 1313/2000 al enfrentar el hallazgo causal con la teoría de la prueba ilícita en un caso donde la intervención telefónica de de unas diligencias previas provoca que se conozca fortuitamente un delito contra la salud pública. En esta Sentencia el Alto Tribunal utiliza derecho comparado, en concreto se basa en la Ordenanza procesal penal alemana<sup>68</sup>.

Según recoge Moral García (2013)<sup>69</sup> el supuesto de hecho ínsito en el art. 11.1 LOPJ se aleja del derivado de toparse “sin esperarse y sin intuirlo” con un delito distinto como consecuencia de la investigación criminal; porque, insiste, la regla de buscar la verdad no “mengua” cuando se encuentra algo que no se estaba buscando.

#### **VIII.2.5 VÍNCULO ATENUADO**

A este tipo de excepción de ilicitud es de obligada referencia es la STS 53/1997<sup>70</sup> sobre nexo causal atenuado en la no conculcación del art. 11.1 LOPJ cuando un agente de policía provocador actúa para conocer los delitos ya cometidos.

Por otro lado, la teoría del nexo causal atenuado se recoge también en la STS 811/2012<sup>71</sup> en la que se trata sobre un asunto de blanqueo de capitales y que las pruebas obtenidas por la Guardia Civil en un registro enmarcado por una actuación de buena fe con otras realizadas en paralelo. La Sentencia termina considerando que el vínculo es atenuado porque las pruebas obtenidas por otras vías terminaron por constatar los hechos que se le imputaron.

---

<sup>68</sup> STS 1313/2000 FJ 1º.4.

<sup>69</sup> MORAL GARCÍA, A. 2013. “La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de la prueba refleja y supuestos de ruptura”, *op. cit.* p.15.

<sup>70</sup> STS 53/1997 FJ 6º.

<sup>71</sup> STS 811/2012 FJ 13º.

### **VIII.2.6 CONFESIÓN VOLUNTARIA DEL INculpADO**

Otra forma de eliminar el efecto reflejo de la ilicitud probatoria originaria con base en la cual el inculcado confiese voluntariamente hechos de los cuales pueda ser fuente de prueba admisible en el procedimiento penal; en otras palabras, la voluntariedad del reo en su declaración elimina el efecto expansivo de la ilicitud de origen, ya sea durante las diligencias previas ya ejerciendo el derecho de última palabra, o en cualquier momento intermedio.

Este tipo de excepción de la ilicitud se sienta en la STC 161/1999 cuando se declara lícita una confesión del inculcado por la droga hallada por un registro domiciliario declarado ilegal. Así, el TC declaró que la confesión voluntaria del reo enerva la presunción de inocencia que al no existir conexión de antijuridicidad con el registro, se condena al acusado por esa prueba lícita de confesión.

Con todo lo anterior se puede decir que la falta de exclusión de una prueba ilícita puede llevar efectos no esperados por la defensa del reo como sería la ruptura del nexo de antijuridicidad<sup>72</sup>, debiéndose aconsejar al encausado que, por ejemplo, aun delante de las evidencias de una entrada y registro ilícitos, no realice declaración inculpatoria alguna (art.17.3 CE), ya que en caso contrario podría eliminar el efecto reflejo de la ilicitud hacia las fuentes de prueba de la actuación policial.

Debemos introducir el matiz de una declaración voluntaria espontánea del reo inducida<sup>73</sup> por la policía y sin presencia de abogado se entiende, en este caso, tanto la declaración como las fuentes de prueba de ella obtenidas (directa o indirectamente) carecerán de eficacia porque así lo estipula el art. 11.1 LOPJ y la STS 1228/2009 lo recoge<sup>74</sup>.

En este sentido, el acuerdo plenario no jurisdiccional de 3 de junio de 2015 de la Sala Segunda del TS estipula que, aun considerándose que carecen de validez probatoria

---

<sup>72</sup> STS 511/2015 FJ 2º.

<sup>73</sup> arts. 520.2 y 711 LECrim.

<sup>74</sup> STS 1228/2009 FJ 5º.

las declaraciones del reo en sede policial, si los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son finalmente veraces, el conocimiento de tales hechos pueden servir de base para inferirse lícita y lógicamente conductas delictivas<sup>75</sup>.

### **VIII.2.7 LA BUENA FE**

Aparece la buena fe como excepción a la ilicitud cuando se puede deducir de la actuación policial la firme convicción de los agentes en que las acciones investigadoras son llevadas sin atisbo de vulneración de derechos fundamentales de las personas implicadas.

Hay que hacer mención a la STC 22/2003<sup>76</sup> cuando indica que la policía al no haber actuado con dolo o culpa, que para el caso fue el desconocimiento del Ordenamiento que tuvieron los agentes al entrar y registrar pero que si lo hubieran sabido, podrían haber obtenido el mandamiento judicial, dando así licitud al procedimiento policial, ya que el hallazgo (en ese caso era una pistola), no vulnera en sí ningún derecho fundamental.

Por otro lado, Montero Aroca (2017)<sup>77</sup> unifica la buena fe con el descubrimiento inevitable como aquellos donde “... *previsiblemente se hubieran descubierto en todo caso, aún sin la fuente obtenida ilícitamente...* [sic]”.

Es conveniente traer a colación la STS 147/2015<sup>78</sup> sobre las actuaciones policiales y judiciales, que se les consideran respetuosas de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y no deben considerarse ilegítimas o ilícitas a no ser que se

---

<sup>75</sup> En este Acuerdo, que recoge la doctrina de las SSTS 435/2015, de 9 de julio y 487/2015, de 20 de julio, estipula que la validez de la declaración deberá necesitar el testimonio de los agentes policiales que presenciaron la autoinculpación en juicio. Por el contrario, si no se acreditan los datos objetivos de la declaración ante la policía, tal inculpaación no puede ser incorporada al acervo probatorio ni siquiera con la llamada como testigos de los agentes de policía; tampoco como corroboración a otros medios de prueba ni su utilización como prueba preconstituída.

<sup>76</sup> Esta STC 22/2003, de 10 de febrero, recoge en su FJ 10º la supuesta falta de malicia en la actuación policial: “...*se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial*”.

<sup>77</sup> MONTERO AROCA, J. y otros “Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal”, *op. cit.*, p. 398.

<sup>78</sup> STS 147/2015 FJ 1º.

demuestre lo contrario por muy intenso que pueda ser el derecho de presunción de inocencia (art. 24.2 CE) o el derecho de *habeas corpus* (art. 17.4 CE).

### **VIII.2.8 LA ILEGALIDAD EN PRUEBAS OFICIALES O PARTICULARES.**

Como recoge Miranda Estrampes (2010)<sup>79</sup>, en la referida STC 114/1984<sup>80</sup> el TC español abogó por la teoría de declarar inconstitucional la fuente de prueba que violentara un derecho fundamental como contraposición a la *teoría disuasoria*<sup>81</sup> estadounidense destinada a las fuerzas policiales estatales. Por tanto, con base en nuestro Tribunal Constitucional y desde el punto de vista de violación del derecho fundamental, en principio, nada importa si quien lo hizo es un agente de la autoridad o un particular.

Por tanto, una exégesis del art. 11.1 LOPJ infiriendo ilicitud a las pruebas obtenidas sólo por actuaciones oficiales realizada por agentes policiales dejarían fuera de la ilicitud a las fuentes de prueba obtenidas por personas particulares o a través de ellas, aun cuando posteriormente la fuente fuese utilizada por la Administración o sus Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Ahondado en este sentido, Moral García (2013)<sup>82</sup> opina que sólo algunos derechos fundamentales son ejercitables al poder estatal, como por ejemplo el derecho a un proceso con todas las garantías, por lo que, aun sin hacer distinción el art. 11.1 LOPJ, parece lógico entender plausible una graduación de la consecuencia jurídica si se trata de un particular el autor de la violación del derecho fundamental.

En pureza, las pruebas obtenidas por un particular no podrían tratarse en sí como una nueva excepción a la regla de exclusión, más bien como una circunstancia o condicionante a la aplicación de la regla de exclusión. Pero lo que es cierto es que en determinados casos concretos, las fuentes de prueba obtenidas por un particular

---

<sup>79</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M. 2010. "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones", *op. cit.*, p. 136.

<sup>80</sup> STC 114/1984 FJ 4º.

<sup>81</sup> Denominada en inglés "*deterrent effect*".

<sup>82</sup> MORAL GARCÍA, A. 2013. "La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de la prueba refleja y supuestos de ruptura", *op. cit.*, p.14.

necesitaría un presupuesto para que no fueran ilícitas y es que la voluntad de la actuación por un particular no fuese encaminada a una actividad probatoria<sup>83</sup> directa por el particular o en acuerdo con agentes de policía. Ejemplo de ello sería haber obtenido pruebas por un particular que contuvieran datos personales en beneficio económico por venta a entes privados que pagaran por ello.

En este sentido, habría que diferenciar de estas conductas que tienen un fin económico de otras realizadas también por particulares como serían estos tres tipos de pruebas: (a) la pruebas obtenidas simultáneamente a la consecución del hecho delictivo que prueba mediante artificio que recogiera lo acaecido; (b) las que se hacen para probar con posterioridad la conducta delictiva para su denuncia por la víctima; y (c) la que se obtienen mediante grabaciones de imágenes de las entidades bancarias. Esto, como dice la STS 116/2017<sup>84</sup> debe tener tratamiento jurídico distinto en cuanto a la ilicitud probatoria respecto a las hechas por los agentes oficiales en el ejercicio de sus responsabilidades, pero no por ello, siempre y en todo caso, se debe excluir la prueba procedente de un particular del proceso penal ya que no está previsto en el supuesto de hecho prevenido en el art. 11.1 LOPJ, y esto debe ser percibido por aquel que particularmente busque pruebas para que sean valoradas en un procedimiento penal.

---

<sup>83</sup> STS 793/2013.

<sup>84</sup> STS 11/2017 FJ 6º.

## IX JURISPRUDENCIA ACTUAL

Como puede verse en las distintas sentencias estudiadas, las fechas de los fallos respecto a la nueva teoría de prueba ilícita están sorprendentemente acotadas en el tiempo, especialmente a partir de 2016, aunque Rodríguez Ramos (2017)<sup>85</sup> va mucho más atrás indicando que la flexibilización toma lugar a partir de la STC 81/1998. Esto conduce a que la línea jurisprudencial está encontrando un procedimiento que otorga salida jurídica a aquellas situaciones penales que no encontraban otra respuesta que la sanción de ser antijurídica.

Todo apunta, y a pesar del poco tiempo, a que la teoría de la prueba ilícita ha entrado en un estado estable recepcionando<sup>86</sup> las exenciones a la ilicitud que vienen valiendo en otros ordenamientos homologables al nuestro; lo que por otro lado infiere seguridad jurídica a esta situación de calificación judicial de las pruebas proporcionando líneas de actuación con gran certidumbre tanto a jueces, fiscales y abogados.

### IX.1 DERECHOS AFECTADOS

De todos los derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución española de 1978 son realmente pocos los violentados en el momento de obtención de las fuentes de prueba penales. Como se verá a continuación, lo más habitual es afectar al secreto de las comunicaciones, derecho a la intimidad, a la presunción de inocencia y especialmente, porque subyace en todo proceso judicial, los recogidos por los arts. 24 y 25 CE.

#### IX.1.1 AFECCIÓN AL DERECHO A LA INTIMIDAD

La STS 156/2013<sup>87</sup> no reconoce ilicitud al cacheo (arts. 17, 18 y 19 CE) pues aun afectando a su libertad y libre circulación, quedaría garantizado el derecho a la intimidad personal si se realiza por persona del mismo sexo en sitio reservado

---

<sup>85</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L. 2017. “¿*In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus?* (Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita)”, *op. cit.*, p.23

<sup>86</sup> MORAL GARCÍA, A. 2013. “*La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de la prueba refleja y supuestos de ruptura*”, *op. cit.*, p. 2

<sup>87</sup> STS 156/2013 FJ 1º

evitando situaciones o posturas degradantes, ya que, además “...la mínima intervención corporal excluye toda idea de riesgo para la integridad física del interesado”. Ahondando en este ámbito, la STS 941/2012<sup>88</sup> considera lícito el registro con desnudo integral de una persona no detenida, basado en sospechas razonables, que respetando la intimidad, sexo del agente y sitio reservado no necesita autorización judicial si la persona consiente con ello.

### **IX.1.2 AFECCIÓN AL DERECHO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

El derecho a la presunción de inocencia no se vulnera porque se actúe judicial o policialmente ante unas pruebas que no pueden demostrar la culpabilidad por sí mismas pero que sirven de base para sostener indicios de existencia o autoría de un delito, así lo recoge la STS 163/2013 haciendo alusión que el derecho de presunción de inocencia “no arrastra a presumir la invalidez de los medios de prueba sobre los que una parte quiere arrojar una sospecha de incorrección”<sup>89</sup>.

En esa línea se encuentra el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009 cuando expresa:

*“Ni el derecho a la presunción de inocencia, ni el principio in dubio pro reo, que siempre deben proteger a los acusados, pueden llegar a significar que, salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son, en principio, ilícitas e ilegítimas. El principio de presunción de inocencia de los acusados no puede extender su eficacia hasta esos absurdos extremos”.*

Por otro lado, la STC 86/1995<sup>90</sup> estipula que la presunción de inocencia sólo se destruye en una Sentencia que se fundamenten en verdades dimanadas de una pruebas practicadas en juicio oral, con las debidas garantías procesales racionalmente incriminatorias de las que se tenga el resultado de culpabilidad,

---

<sup>88</sup> STS 941/2012 FJ 4º.1.

<sup>89</sup> STS 163/2013 FJ 1º, que también menciona la STS 918/2012 sobre la imparcialidad del Tribunal sobre la inocencia de los procesados lo que vulneraría tal derecho fundamental (art. 24.2 CE).

<sup>90</sup> STC 86/1995 FJ 2º.



subyaciendo un respeto a los derechos fundamentales con *“una prueba regularmente obtenida y practicada con estricto respeto a la Constitución”*.

Cabe señalar que la reciente STS 726/2017<sup>91</sup> recoge la jurisprudencia para constatar lo que debe observarse en una sentencia para no vulnerar el derecho de presunción son los siguientes puntos: (a) una prueba de cargo referida a todos los hechos del delito, (b) prueba lícitamente obtenida *“requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas”*; (c) prueba legalmente practicada y (d) prueba racionalmente valorada. Lo que subyace también es la garantía del derecho de revisión de sentencias.

Resulta también interesante lo recogido en la STS 695/2017<sup>92</sup> donde se aclara que la falta de autorización judicial de unos escuchas en las actuaciones previas del procedimiento enjuiciado no conllevan ilicitud porque tales escuchas obraban en otro procedimiento que sí disponían de autorización judicial.

### **IX.1.3 AFECCIÓN AL DERECHO DE SECRETO DE LAS COMUNICACIONES**

La vulneración del derecho fundamental de secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) está siendo objeto de muchos recursos de nulidad con base en el art. 11.1 LOPJ. Pero la jurisprudencia está teniendo en consideración la relatividad de tal derecho fundamentan recogiendo lo que estipula el art. 8.1 CEDH en relación con el art. 8.2 CEDH respecto al inciso de que la *“...injerencia esté prevista por la ley...”* y sustentadas por la doctrina del TEDH. Así se recoge en la STS 681/2017<sup>93</sup> cuando dice que el derecho de secreto de las comunicaciones no es un derecho absoluto sino que pueden existir otros derechos prevalentes que sean necesarios en un Estado democrático de Derecho.

---

<sup>91</sup> STS 726/2017 FJ 3º.

<sup>92</sup> STS 695/2017 FJ 3º.

<sup>93</sup> STS 681/2017 FJ 1º.

### **IX.1.4 AFECCIÓN AL DERECHO DE DEFENSA**

La ilicitud de la pruebas puede conculcar el derecho de defensa en que se encuentra el principio de contradicción. En este sentido debemos mencionar la STS 734/2014 que plantea que la no constancia debida en el método utilizado para el análisis de ADN no permite enfrentarlo con un contraanálisis<sup>94</sup>. Por ello, no se respeta del derecho de defensa ínsito en el derecho fundamental incluido en el art. 24.2 CE. Insistiendo en la concurrencia de ilicitud en pruebas de casos de obtención de material biológico para la definición del perfil genético, recogemos lo reflejado<sup>95</sup> en la mencionada STS 734/2014 respecto la inasistencia jurídica de un abogado provoca ilicitud a la prueba de ADN aun habiendo consentimiento del detenido.

Por otro lado, el Acuerdo de Pleno de la Sala Segunda del TS, de 24 de septiembre de 2014, incluso manteniendo la necesidad de presencia de abogado durante la obtención de material biológico, es válido contrastarlo con los datos derivados de pruebas de causa distinta, aunque no conste la asistencia de letrado en dicha ocasión excepto si el encausado cuestionó la validez y licitud pertinentemente<sup>96</sup>.

Más recientemente, se dictó la STS 277/2016<sup>97</sup> sobre la supuesta violación de derechos fundamentales por la ruptura de la cadena de custodia de un medio de prueba, esto es, que la romper la custodia no haría ilícitas las pruebas porque no conculcaría el derecho de defensa, ya que tal procedimiento sirve para instrumentalizar que la prueba analizada es la ocupada al inicio de las actuaciones. Incidiendo en el aspecto de ruptura de la cadena de custodia, dice la STS 777/2013<sup>98</sup> que no existe tal ruptura si se puede constatar la autenticidad de la muestra por otras fuentes, y por tanto no hay prueba ilícita.

---

<sup>94</sup> STS 734/2014 FJ 3º.

<sup>95</sup> STS 734/2014 FJ 2º.

<sup>96</sup> Este Acuerdo plenario, de 24 de septiembre de 2014, recoge expresamente la jurisprudencia de la mencionada STS 734/2014.

<sup>97</sup> STS 277/2016 FJ 3ª.

<sup>98</sup> STS 777/2013 FJ 7º.

## X CONCLUSIONES

I. La interpretación actual del art. 11.1 LOPJ no es ni mucho menos pacífica en la doctrina o en la jurisprudencia, toda vez que desde la rotundidad de una aplicación exquisita a partir de 1984 se ha evolucionado mayoritariamente hacia una interpretación *ad hoc* en cada procedimiento penal. Si hay una regla general sería que no existe un criterio exacto para su aplicación a una fuente de prueba.

II. Es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que no todo vale para conocer la verdad, pero eso no quiere decir que el delincuente deba encontrarse sobreprotegido en la aplicación del *ius puniendi* y por ello, debe hacerse una interpretación individualizada del art. 11.1 LOPJ.

III. Una de las circunstancias que gradúan la aplicación de la regla de exclusión es la afectación al núcleo del derecho fundamental que se desea proteger, por ello es necesario también evaluar las circunstancias del caso, su repercusión sobre el interés general, y en general, las condiciones del hecho para probar su ilicitud *per sé* y su afección al derecho fundamental.

IV. Otra novedad en la jurisprudencia es la interpretación en la aplicación de la regla de exclusión en función si se vulnera un derecho fundamental por un particular o por un agente del aparato judicial del Estado, porque será la actuación de éste a quien va dirigida la sanción de prohibición dimanantes del art. 11.1 LOPJ sobre sus ejercicios probatorios como resultado del efecto disuasorio.

V. Muchos de los derechos fundamentales no son absolutos y ceden en muchos aspectos ante intereses generales, esto es lo que subyace muchas de las reglas de exclusión.

VI. Debido a que una fuente de prueba ilícita puede tener efectos reflejos que contaminara otras derivadas de ella, es preciso sanear el proceso probatorio lo antes posible, evitando así indefensiones o vulneraciones del principio de contradicción en el proceso penal.

VII. El derecho comparado nos muestra que los países de nuestro entorno, tanto continental como anglosajón, tienen una jurisprudencia mucho más avanzada que sin complejos garantistas aceptan excepciones a la regla de exclusión probatoria sin temor a vulnerar derechos fundamentales.

## XI FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS

### XI.1 FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

APARICIO PÉREZ, M.A. y otro. 2012. *“Manual de Derecho Constitucional”*. 2ª Ed. Barcelona: Altellier.

CORCOY BIDASOLO, M y otros. 2015. *“Manual de Derecho Penal. Tomo 1”*. 1ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanc.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. 2016. *“Derecho Penal Español Parte General. Parte General en Esquemas”* 4ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanc.

GIMENO SENDRA, V. 2015. *“Manual de Derecho Procesal Penal”*. 1ª Ed. Madrid: UNED.

GÓMEZ COLOMER, J.L. 2015. *“Prueba admisible y prueba prohibida: cambios en el garantismo judicial motivados por la lucha contra el crimen organizado en la realidad jurisprudencial española actual”*. [en línea]. Doctrina y Jurisprudencia Penal núm. 22 Pg. 3 – 48. [consulta: 17 noviembre 2017]. Formato PDF, 504 kB. Disponible en: <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/168016/70081.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

GÓMEZ COLOMER, JL. 2017 *“El proceso penal español a comienzos del siglo XXI”*. [en línea]. InDret. pp. 22-23 Barcelona. [consulta: 14 noviembre 2017] Formato PDF, 682 kB. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1278.pdf>

GONZÁLEZ CUSSAC, JL. 2007. *“El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal enemigo”* [En línea] Revista Penal núm. 19 [consulta: 14 noviembre 2017] Formato PDF, 8,4 MB. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/304/295>

MAZA MARTÍN, J.M. 2017 *“Sobre procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal”*. [en línea]. Fiscalía General del Estado. [consulta: 6 noviembre 2017]. Formato PDF, 513 kB. Disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Instruccion\\_2-2017.pdf?idFile=4b6296dd-efd4-461c-9022-04ff0973689a](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Instruccion_2-2017.pdf?idFile=4b6296dd-efd4-461c-9022-04ff0973689a)

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros. 2012 *“Derecho Penal. Introducción Teoría Jurídica del Delito”* Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

MIRANDA ESTRAMPES, M. 2005. *“La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”*. [en línea] La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 4, págs. 1711-1719 [consulta: 24 octubre 2017]. Formato PDF, 1,9 MB. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/668798.pdf>

MIRANDA ESTRAMPES, M. 2010. “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”. [en línea]. Revista Catalana de Seguretat Pública. Mayo 2010, pp. 131-151. [consulta: 24 octubre 2017]. Formato PDF, 151 kB. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>

MORAL GARCÍA, A. 2013. “*La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de la prueba refleja y supuestos de ruptura*”. [en línea]. Fiscalía General del Estado [consulta: 20 noviembre 2017]. Formato PDF, 467 kB. Disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/ponencia%20del%20Moral%20Garc%C3%ADa,%20Antonio.pdf?idFile=ffbc5c56-1258-4d62-a737-674cfadb3467](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20del%20Moral%20Garc%C3%ADa,%20Antonio.pdf?idFile=ffbc5c56-1258-4d62-a737-674cfadb3467)

MONTERO AROCA, J. y otros. 2017. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. 25ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanc.

MORENO CATENA, V. y otro. 2015. *Derecho Procesal Penal*. 7ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanc.

MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ, J. y otros. 2016. “*La Prueba en el Proceso Penal*”. 1ª Ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AJ. y otros. 2009. “*Derecho Procesal Penal*”. 1ª Ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

PÉREZ CEBADERA, M.A. “*La prueba ilícita en el proceso civil*”. [en línea]. Revista de Jurisprudencia, núm. 1, el 2 de junio de 2011. Ed.: [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com) [consulta: 31 octubre 2017]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10234/38560>

QUINTERO OLIVARES, G. 2015. “*Comentario a la Reforma Penal de 2015*”. 1ª Ed. Pamplona: Aranzadi.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. 2017. “*¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus? (Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita)*”. [en línea] Diario La Ley, núm. 8974, Sección Tribuna, 8 de Mayo de 2017, Editorial Wolters Kluwer. [consulta: 14 noviembre 2017]. Formato PDF, 339 kB. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5962719>

TORRES-DULCE LIFANTE, E. 2013. “*Sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas*”. [en línea] Fiscalía General del Estado. [consulta: 31 octubre 2017]. Formato PDF, 1,1 MB. Disponible en: [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA\\_SITE/recursos/cir\\_inst\\_con/s/circular\\_1\\_2013.pdf](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/recursos/cir_inst_con/s/circular_1_2013.pdf)

## **XI.2 FUENTES NORMATIVAS**

### **Constitución**

España. Constitución española de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311. Última modificación: 27 de septiembre de 2011.

### **Ley/ Ley orgánica**

España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de julio de 1985, núm. 157. Última modificación: 28 de octubre de 2015.

España. Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. *Boletín Oficial del Estado*, de 23 de mayo de 1995. Última modificación: 31 de marzo de 2015.

España. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. *Boletín Oficial del Estado*, de 14 de julio de 1998, núm. 167. Última modificación: 19 de julio de 2017.

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 8 de enero de 2000, núm. 7. Última modificación: 28 de octubre de 2015.

España. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. *Boletín Oficial del Estado*, de 11 de octubre de 2011, núm. 245. Última modificación: 2 de octubre de 2015.

### **Reales Decretos**

Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Boletín Oficial del Estado*, de 17 de septiembre de 1882, núm. 260. Última modificación: 6 de octubre de 2015.

### **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. *Boletín Oficial del Estado*, de 10 de octubre de 1979, núm. 243.

---

## **XI.3 FUENTES JURISPRUDENCIALES**

### **- Tribunales españoles**

#### **Tribunal Supremo:**

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 53/1997 de 21 de enero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 448/1997 de 4 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 974/1997 de 4 de julio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1313/2000 de 21 de julio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 9/2004 de 19 de enero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 999/2004 de 19 de septiembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1228/2009 de 6 de noviembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 811/2012 de 30 de octubre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 918/2012 de 10 de octubre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 922/2012 de 27 noviembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 941/2012 de 11 de octubre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 156/2013 de 7 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 163/2013 de 23 de enero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 569/2013 de 26 de junio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 777/2013 de 7 de octubre.



---

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 793/2013 de 28 de octubre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 195/2014 de 3 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 734/2014 de 11 de noviembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 115/2015 de 5 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 147/2015 de 17 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 511/2015 de 21 de julio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 277/2016 de 6 de abril.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 630/2016 de 7 de julio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 77/2017 de 31 de enero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 116/2017 de 23 de febrero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 228/2017 de 3 de abril.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 681/2017 de 10 de octubre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 695/2017 de 24 de octubre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 726/2017 de 8 de noviembre.

### **Tribunal Constitucional:**

España. Tribunal Constitucional (Sala 2a). Sentencia núm. 114/1984 de 29 de noviembre.

España. Tribunal Constitucional (Sala 2a). Sentencia núm. 86/1995 de 6 de junio.

España. Tribunal Constitucional (Sala 2a). Sentencia núm. 81/1998 de 2 de abril.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 49/1999 de 5 de abril.

---

---

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 22/2003 de 10 de febrero.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 184/2003 de 23 de octubre.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 14/2001, de 29 de enero.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 142/2012, de 2 de julio.

- **Tribunales internacionales**

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos:**

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Alony Kate contra España*. Sentencia de 17 de enero de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Del Río Prada contra España*. Sentencia de 21 de octubre de 2013.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso KS. y MS. contra Alemania*. Sentencia de 6 de octubre de 2016.