



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE

GRADO EN DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Curso académico: 2017/2018

LA LIMITABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO  
PENAL

AUTOR: CARTAGENA SUÁREZ, ISRAEL

REALIZADO BAJO LA TUTELA DE LA PROFESORA: FUENTES SORIANO,  
OLGA

## ÍNDICE

RESUMEN O ABSTRACT.

ABREVIATURAS.

INTRODUCCIÓN.

1. LA LIMITABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

1.1. CONCEPTO.

1.2. REQUISITOS PARA LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

1.2.1. LEGALIDAD.

1.2.1.1. REQUISITOS FORMALES Y MATERIALES.

1.2.2. JURISDICCIONALIDAD.

1.2.3. PROPORCIONALIDAD.

1.2.3.1. EXISTENCIA DE UNA IMPUTACION CONCRETA.

1.2.3.2. IDONEIDAD DE LA MEDIDA.

1.2.3.3. PROPORCIONALIDAD DE MEDIO A FIN.

1.2.3.4. MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN.

1.2.4. GARANTÍAS EN LA EJECUCIÓN DE LA RESTRICCIÓN.

1.2.4.1. ORALIDAD, CONTRADICCIÓN, INMEDIACIÓN, PUBLICIDAD.

1.2.4.2. FIABILIDAD DEL MEDIO UTILIZADO.

2. LA PRUEBA PROHIBIDA.

2.1. CONCEPTO.

2.2. DISTINTAS TEORÍAS SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA.

2.2.1. TEORÍA DIRECTA.

2.2.2. TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO.

2.2.3. TEORÍA DE LA CONEXIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD.

3. CONCLUSIONES.

4. BIBLIOGRAFÍA.



## **RESUMEN.**

En el seno del proceso penal, analizando las distintas situaciones que abarca, se plantea el debate sobre qué ha de primar más, el *ius puniendi* del Estado o el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En mi opinión, es evidente que existen situaciones en las cuales un ciudadano comete un acto delictivo, y a pesar de que prima la presunción de inocencia en el proceso, no debe de anteponerse al bien público ni a la paz social. Limitar un derecho fundamental en el proceso es necesario, pues no olvidemos que lo que más nos puede acercar a un delincuente es su círculo más íntimo. En pos de lo anterior, los derechos fundamentales deben de ser limitados en aras de impartir justicia al sujeto que haya cometido una acción delictiva, pues si no se pudiese injerir en los derechos fundamentales muchos delitos quedarían impunes aún a sabiendas de quien los ha cometido. La controversia es generada debido a una doble vertiente, la obligación de impartir justicia por parte del Estado y la obligación de respeto de los derechos fundamentales del sujeto. Para avanzar de manera adecuada en esta controversia, si se encuentran los requisitos de la limitación, tales como legalidad, jurisdiccionalidad y proporcionalidad, además de las garantías propias del proceso. A la vista de la obtención de pruebas sin respeto de los requisitos se injiere en un caso de prueba prohibida, es decir, en una prohibición de valoración de la prueba en el proceso, concepto que se desarrollará con más profundidad en el presente trabajo.

**PALABRAS CLAVE:** Limitabilidad de los derechos fundamentales en el proceso penal, legalidad, jurisdiccionalidad, proporcionalidad y prueba prohibida.

## **ABSTRACT.**

In the center of the criminal process, analyzing the different situations of this, the debate arrives about who is the most important, the strong of the State or the respect for the fundamental rights of citizens. In my opinion, it is evident that there are situations in which a citizen commits a criminal act, and although the presumption of innocence prevails in the process, it must not be placed before the public good or social peace. Limiting a fundamental right in the process is necessary, because we must not forget that what can bring us closer to a criminal is its most intimate circle. The fundamental Rights they must be limited for manage justice to the people who commit crime, because if not limited the fundamental rights, more offenses will be unpunished. The debate is created by a double slope, the obligation to provide justice on the part of the State and the obligation to respect the fundamental rights of the subject. To advance properly in this work, is it so finding the requirements of the limitation, such as legality, jurisdictionality and proportionality, in addition to the guarantees inherent to the process. In view of obtaining evidence without respecting the requirements, it is ingested in a prohibited test case, that is, in a prohibition on the evaluation of the evidence in the process, a concept that will be further developed in the present work.

**KEYWORDS:** Limitation of fundamental rights in criminal proceedings, legality, jurisdictionality, proportionality and prohibited evidence.

## **ABREVIATURAS.**

-STC: Sentencia Tribunal Supremo.

-STC: Sentencia Tribunal Constitucional.

-CE: Constitución Española.

-Arts: Artículos.

-ONU: Organización de Naciones Unidas.

-LO: Ley Orgánica.

-TC: Tribunal Constitucional.

-TS: Tribunal Supremo.

-LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

-LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

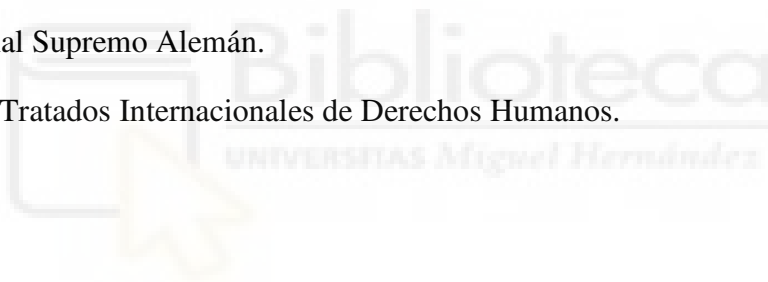
-LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

-BGH: Tribunal Supremo Alemán.

-TTIIDDHH: Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

-P.: Página.

-PP.: Páginas.



## INTRODUCCIÓN.

La limitabilidad de los derechos fundamentales (arts. 14 a 29 CE) en el proceso penal es un tema que despierta un gran interés a la vez que un profundo debate jurídico y social. Como marco general se ha de partir de la base de la doble obligación que posee el Estado de respeto por la dignidad de la persona y de investigación de los hechos presuntamente delictivos, un debate que se podría resumir en dignidad *versus* verdad. Es cierto que en el Estado hay derechos fundamentales más valorados, jurídicamente hablando, que la dignidad, pero se establece como punto de partida cuando en la década de los 80 el TS estableció que nunca se podría vulnerar la dignidad de las persona y por consiguiente, el resto de derechos fundamentales, véase por ejemplo la STC 53/1985, de 11 abril.

En esencia, este trabajo trata sobre las distintas formas de limitación de los derechos fundamentales y la radical distinción entre vulneración y limitación de derecho fundamental en aras de una investigación criminal. Con el fin de permitir una averiguación respetuosa con los márgenes que se exigen dentro de un Estado de Derecho, se regulan en el proceso penal unos mecanismos de limitación de los derechos fundamentales, no sin olvidar que debe haber unas exigencias previas para que la limitación sea llevada a cabo conforme a derecho, de lo contrario estaremos incurriendo en un supuesto de prueba prohibida, concepto que se refiere a la prohibición de valoración de cualquier tipo de prueba vulnerando un derecho fundamental,

Con base en estas exigencias, para que la limitación de los derechos fundamentales de un investigado sea lícita, se ha de encontrar éste inmerso en un proceso penal abierto y ha de existir una acusación concreta contra él respetando los requisitos de legalidad, jurisdiccionalidad, proporcionalidad y estableciéndose garantías. Solo así podrán ser limitados sus derechos fundamentales conforme a ley.

Para que haya una correcta limitación del derecho fundamental es necesario que la injerencia del Estado se encuentre regulada por una ley, pero no una ley cualquiera, sino una ley con rango de ley orgánica, pues solo de la legislación emanada por el parlamento será aceptada dicha limitación.

Unido a la legalidad de la limitación, es necesario que se actúe con autorización judicial previa. Esta autorización no es exigible en todos los casos, pues hay excepciones justificadas por la situación o peligrosidad del sujeto. Dichas excepciones a la autorización judicial previa se presentan en los supuestos de terrorismo o bandas armadas o criminales (17.2 y 18.2-3), así como cuando incurra flagrante delito. Estos casos son excepciones en virtud de la condición del sujeto, debido a ello no será necesario que exista autorización previa, pues se ha de tratar el terrorista tal y como es y en caso de no tener duda del sujeto del delito se le habrá de detener para proceder a su procesamiento.

Para una correcta limitación de los derechos fundamentales el juez debe realizar un juicio de proporcionalidad, es decir, una necesidad de ponderación del daño del delito cometido y de la injerencia en el derecho fundamental del sujeto pasivo del proceso.

Si la proporcionalidad exige que haya un proceso penal abierto y una imputación concreta es lógico que no puedan tener cabida las imputaciones generales. Por lo tanto, la imputación ha de estar dirigida hacia una concreta persona. El juicio de proporcionalidad exige a su vez, que la medida establecida debe de ser la idónea para alcanzar el fin último del proceso, pues no se podrá alcanzar los mismos fines a través de otras medidas menos gravosas. Debe de existir una adecuación o congruencia entre la medida que se está acordando y el fin que se va a alcanzar, y, por último, debe de existir la motivación suficiente en la resolución, es decir, la exposición adecuada de todos los motivos por los que se ha llegado a la sentencia, positiva o negativa.

Estos requisitos y exigencias han de ser respetados en el momento de limitar un derecho fundamental, de lo contrario estaríamos ante un supuesto de prueba prohibida, la cual encuentra su origen en la STC 114/1984. La prueba prohibida se entiende como aquella situación en la cual se ha vulnerado el derecho fundamental y obtenido una prueba a partir de ese acto ilícito, siendo esto así, dicha prueba no podrá valorarse dentro del proceso. Fuera de los requisitos anteriores en el presente trabajo se desarrollará las distintas teorías que permite el acceso de una prueba obtenida con vulneración de derecho fundamental al proceso.

Solo podrán acceder al proceso los supuestos en los cuales se haya obtenido las pruebas de forma legítima. Sin embargo, al igual que el concepto de limitabilidad, el concepto de prueba prohibida trae consigo un amplio debate, pues hay autores que la consideran excesiva por no ser partidarios de la intangibilidad de los derechos fundamentales y otros que se niegan rotundamente al acceso al proceso de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales porque consideran dicho acceso como ilícito debido al acto realizado.

Según lo establecido en la ley sobre la admisibilidad de la obtención de pruebas, existen teorías a la hora de ponderar sobre si una prueba será admisible o no. La primera de ellas es la teoría directa y establece que la prueba obtenida ilícitamente no será aceptada, pero las obtenidas a partir de ella sí lo serán. Esta teoría ha traído consigo grandes debates pues, por ejemplo, si hay tortura en un interrogatorio y a partir de ahí obtenemos la verdad, solo será ilícito el acto de tortura y no los posteriores como por ejemplo entrada y registro, hecho que deja en evidencia a la Constitución Española.

La segunda de las teorías es la que se conoce como la teoría del fruto del árbol envenenado y proviene de la legislación americana y es contradicción de la anterior, pues si el acto ilícito (árbol) está envenenado se supone que los frutos que se emanen de él también lo estarán.

La última de las teorías es la que se conoce como teoría de la conexión de la antijuridicidad, y en la misma se habrá de determinar la conexión del acto inicial ilícito y

los posteriores, teniendo en cuenta conceptos como los de dolo y culpa, flagrancia o gravosidad del hecho cometido.

En definitiva, la limitabilidad de los derechos fundamentales en un concepto que trae consigo un importante debate doctrinal, pero, sin embargo, la limitación es un hecho que es necesario en nuestra sociedad, de lo contrario, se cometerían actos delictivos que quedarían impunes ante la sociedad debido a la no injerencia en los derechos fundamentales del presunto delincuente.





## **1. LA LIMITABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

En España, el concepto de limitabilidad de los Derechos Fundamentales se encuentra presente en el proceso penal. Se trata pues, de medidas que se pueden dar en el seno de un proceso siempre y cuando el juez lo considera necesario. Dichas medidas consisten en limitar el ejercicio de un derecho fundamental debido al ciudadano se encuentra inmerso en un proceso penal. Tales medidas podrían ser, por ejemplo, la entrada en lugar privado sin previa autorización judicial, o la escucha de las comunicaciones del sujeto investigado. Ello no quiere decir que estos Derechos se puedan limitar en cualquier situación. Tampoco quiere decir que todos sean limitables, a excepción del derecho a la vida, que, bajo ningún concepto se podrá limitar en nuestro país. Como con acierto sostiene ASECIO MELLADO “que los derechos fundamentales sean el punto de equilibrio del conflicto expuesto no significa que los mismos constituyan barreras infranqueables en todo caso y que en modo alguno puedan admitirse injerencias en ellos en el curso de una investigación penal”<sup>1</sup>

Por lo tanto, ni los Derechos Fundamentales son ilimitables ni se van a poder limitar en cualquier situación. Para que la limitación sea llevada a cabo, es necesario que se den ciertos requisitos. En cuanto a estos requisitos, sabe destacar que el sujeto debe estar inmerso en un proceso penal, que dicha limitación esté autorizada por la Constitución o en caso de no decir nada la Constitución que se encuentre amparada por una ley. Además, debe estar autorizada por el juez cuando considere que la limitación es la medida más idónea en la búsqueda de la verdad, sin que haya otra solución por la cual se vayan a obtener los mismos resultados.

### **1.1 CONCEPTO.**

Con el fin de emprender con profundidad y extensión una definición adecuada de limitación de los derechos fundamentales, será necesario definir previamente, qué son los derechos fundamentales. Ya que sólo de una adecuada definición, se materializarán las exigencias y requisitos que se expondrán en el presente trabajo.

Como con acierto indica DÍEZ-PICAZO, “desde los orígenes del absolutismo moderno, las declaraciones de derechos han ido teniendo como finalidad primaria proteger a los particulares frente al Estado; En su origen, la idea de este derecho subjetivo, solo sirvió para designar libertades de naturaleza supra legal”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 138.

<sup>2</sup> DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp.25-26.

En opinión de BALLESTEROS, “el término derechos fundamentales, estaría restringido para los derechos humanos positivados a nivel interno, es decir, aquellos derechos humanos que son garantizados por los ordenamientos jurídicos positivos estatales”<sup>3</sup>

Para lograr un mayor entendimiento del objeto del trabajo, destaco el art.10.1 de la CE. A partir del 10.1 se pueden entender de una manera adecuada los derechos fundamentales. Este es el punto de partida. Que, seguidamente se verán desarrollados en los arts. 14 a 29. Entiende el art. 10.1 los derechos fundamentales de la siguiente manera, “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

Para abordar de manera correcta el alcance de los conceptos obtenidos a partir de 10.1 será necesario delimitar el término “inherente” por él utilizado. En este caso el concepto “inherente” se refiere a las características naturales que se encuentran ligadas al ciudadano. Como de manera adecuada define SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA “los derechos fundamentales se caracterizan por su importancia material y por su rango formal. Desde un punto de vista material son los derechos más importantes del ciudadano. Consisten en facultades o pretensiones relativas a ámbitos vitales del individuo en su libertad, relaciones sociales o participación y constituyen el núcleo básico de su *status* jurídico”<sup>4</sup>.

En refuerzo de esta posición entiende NICOLAS JIMÉNEZ los derechos fundamentales como “aquellos derechos que se encuentran recogidos en la constitución, y que se consideran esenciales dentro del sistema político español y que se encuentran fuertemente vinculados a la dignidad de la persona. Disfrutan de una serie de garantías en el ordenamiento jurídico, por ejemplo de tutela y reforma, y delimitan el ámbito del individuo que se considera imprescriptible para el desarrollo y libertad de las personas”<sup>5</sup>.

Como con acierto trata SOLOZABAL ECHEVARRÍA, los poderes públicos han de garantizar el correcto desarrollo de los derechos fundamentales, pues, como con adecuación expone “son la proyección inmediata y efectiva de la dignidad de la persona: las posibilidades de la misma dependen de su ejercicio y su reconocimiento. No cabe un desenvolvimiento pleno de la persona sin libertad individual y colectiva, sin posibilidades

---

<sup>3</sup> BALLESTEROS LLOMPART, J., *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1998, p.45.

<sup>4</sup> SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., “Los derechos fundamentales en la constitución española de 1978”, Scribd, <https://www.scribd.com>, (disponible en <https://es.scribd.com/document/36337795/Derechos-fundamentales-CE-Juan-Jose-Solozabal>), 1999, p. 219.

<sup>5</sup> NICOLAS JIMÉNEZ, P., “Derechos fundamentales en la constitución española de 1978”, fundación Instituto roche, <https://instituto-roche.es>, enero, 2009, p2. (disponible en [https://www.instituto-roche.es/legalnaciones/3/iii\\_derechos\\_fundamentales](https://www.instituto-roche.es/legalnaciones/3/iii_derechos_fundamentales).),

de participación política o sin el aseguramiento de las oportunidades vitales que garantizan determinadas prestaciones públicas”<sup>6</sup>.

De lo visto hasta el momento queda claro que los derechos fundamentales han de estar reconocidos en la CE. Así lo establece DIEZ-PICAZO al referirse a los derechos fundamentales como aquello que “designan los derechos garantizados en la constitución”<sup>7</sup>.

En este sentido FERRAJOLLI, con acierto define el concepto de derechos fundamentales, de forma original. “Los derechos fundamentales serían aquellos derechos que, en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas, por el mero hecho de serlo. Se tratan de derechos inherentes a la condición de ciudadano y por lo tanto serán universales”<sup>8</sup>.

En este mismo sentido CRUZ VILLALÓN entiende que “los derechos fundamentales se identifican con los incluidos en el ámbito del apartado primero del artículo 53, es decir, con el Capítulo II del Título I...; los derechos fundamentales son los derechos subjetivos anteriormente identificados, en cuanto encuentran reconocimiento en las Constituciones y en la medida en que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica”<sup>9</sup>.

Tal y como se ha expresado con anterioridad, la constitución española recoge estos derechos fundamentales en los arts. 14 a 29. Estos arts. Integran el capítulo II del título I. Y tal y como se ha sostenido en dicho “se ubican los derechos considerados más importantes y que gozan en su consecuencia del máximo nivel de protección jurídica”<sup>10</sup>. De entre estos derechos puede destacarse, a modo de ejemplo: la igualdad ante la ley, la integridad física y moral, la libertad ideológica y religiosa, la libertad personal, el derecho al honor y a la intimidad, etc.

El fundamento de estos derechos gira en torno a una vida digna de los ciudadanos, aunque también hemos de hablar del libre desarrollo de la personalidad de los mismos. Como con acierto se ha sostenido “a lo largo de la historia, se les ha calificado como naturales, innatos, inherentes, humanos, inviolables, inalienables, imprescriptibles, a los que se les une los conceptos más actuales de iguales y legítimos”<sup>11</sup>.

Tal y como se ha mencionado con anterioridad, todos los derechos fundamentales, a excepción del Derecho a la vida, son limitables. En concreto se destaca este Derecho

---

<sup>6</sup> SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J.J., “Los derechos fundamentales en la constitución española”, Revista de estudios políticos, Dialnet, <https://www.dialnet.uniroja.es>, número 105, julio-septiembre, 1999, p11. (disponible en [file:///C:/Users/Asuncion/Downloads/Dialnet-LosDerechosFundamentalesEnLaConstitucionEspanola-27574%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Asuncion/Downloads/Dialnet-LosDerechosFundamentalesEnLaConstitucionEspanola-27574%20(1).pdf)),

<sup>7</sup> DÍEZ-PICAZO J.M., Sistema...Op. Cit. P.30.

<sup>8</sup> FERRAJOLLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 124-125.

<sup>9</sup> CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, Revista Española de derecho constitucional, número 25, Enero-Abril, 1989, pp.41

<sup>10</sup> GARCÍA GUERRERO, J.L., “El derecho a la vida” en *Los Derechos Fundamentales* (COORD. GASCÓN ABELLÁN MARINA) Ed. Tirant lo Blanch, valencia, 2013, pp.31.

<sup>11</sup> GIMENO SENDRA, V. “Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional” Colex, Madrid, 2007. P. 78.

debido al debate que trae consigo, sobre su disponibilidad o, indisponibilidad del mismo. En cuanto a esto, dicha diferenciación es un punto central para entender la variación que existe dentro de la protección que ofrece unos sistemas jurídicos y otros. En específico destaca sobre el resto la pena de muerte, pena que va ligada al derecho a la vida, abolida en España y mantenida en otros sistemas jurídicos, como por ejemplo el Estadounidense.

Para comprender de manera adecuada el alcance del derecho a la vida, debemos partir de la base de que esta es considerada como inalienable. Y en este sentido afirma BALLESTEROS, que “inalienable, es aquello que se traduce en la imposibilidad de disposición de los mismos por parte de su titular, abarcando tanto la disposición física como a nivel jurídico se refiere.”<sup>12</sup>.

Debate distinto es el que puede establecerse con los temas que suscitan la eutanasia, en la que lo que en realidad se está defendiendo no es en tanto el derecho a la vida cuanto a la dignidad de la persona. No hay que olvidar que, a pesar de ser el único derecho que no se podrá limitar por medios procesales, puede entrar en conflicto con otros derechos fundamentales.

Nombrar también, con fines informativos, el tema del aborto, debido a que la amplitud del mismo, excedería el objeto de este trabajo. El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha excluido a niños no nacidos del Derecho a la vida, situación que ha creado un gran debate entre los distintos países que forman la ONU<sup>13</sup>.

De entre todo lo expuesto con anterioridad, se llega a la conclusión de que los derechos fundamentales son inherentes de la persona. Se encuentran recogidos en la CE, y también son universales. En concretas situaciones, tales como un proceso penal, se puede establecer una limitación de los mismos, excluyendo de dicha limitación el derecho a la vida. Por todo ello, y ya que los derechos fundamentales son esencialidad misma en el Estado español, será el propio Estado el que nos ofrezca un método adecuado de defensa y protección de los mismos.

Por todo lo mencionado con anterioridad, el Estado Español hará el mayor esfuerzo posible, usando todos los medios disponibles, para que la protección de estos derechos sea efectiva. Esta protección se extiende tanto para los nacionales como para los extranjeros que se encuentran en territorio español, remisión al art. 13.1 CE.

Así mismo y desde una perspectiva procesal, todo el Estado va a garantizar una adecuada protección tanto para los nacionales como para los extranjeros. Haciendo hincapié en la protección que va a ser llevada a cabo por el Estado Español frente a la vulneración de los derechos fundamentales acudo pues al art.53 de la CE. En este art. se recoge una garantía de protección de estos derechos fundamentales, me refiero en específico al recurso de amparo. Sirviendo el mismo de protección y de garantía para los ciudadanos

---

<sup>12</sup> BALLESTEROS LLOMPART, J., *DERECHOS...*, *Op. Cit.*, p.49.

<sup>13</sup> Sobre el tema vid. ESTEBAN C., “La ONU excluye al no nacido del derecho a la vida”, medio de información religiosa Infovaticana, <http://infovaticana.com>, noviembre, 2017 (disponible en <https://infovaticana.com/2017/11/04/ya-oficial-la-onu-excluye-al-no-nacido-del-derecho-la-vida/>).

frente a la vulneración de los derechos recogidos entre los art. 14 al 29 y 30.2 de la CE. Una de las cuales, la podemos encontrar en el art. 53.2 de la CE. Artículo en el cual se “exige que el procedimiento desarrollado para la tutela de los derechos fundamentales a los que hace referencia sea preferente y sumario.”<sup>14</sup>.

A la vista del procedimiento desarrollado en el 53.2 para la protección de los derechos fundamentales, dos son los conceptos sobre los que hay que detenerse, me refiero a la preferencia y a la sumariedad. Preferencia implica una tramitación prioritaria en el caso en el cual se presente una demanda de tutela de derechos fundamentales, frente a cualquier otro asunto que haya recibido con anterioridad el órgano jurisdiccional.

En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en su STC 81/1992 de 28 de mayo, señalando que la preferencia debía entenderse como “prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o el despacho de asuntos”<sup>15</sup>.

Respecto de la sumariedad exigida por el art. 53.2 hecho el cual conlleva varios problemas. Ya que es un concepto oscuro y conlleva a diversas opiniones. Desde un punto de visto procesal, en este contexto, es simplemente una acepción vulgar que se establece en la cual solo me refiero al concepto de rapidez. De nuevo, acudiendo a la STC 81/1992 de 28 de mayo, “no cabe acudir al sentido técnico de la palabra, sino a su calificación vulgar como equivalente de rapidez”<sup>16</sup>.

En definitiva, los procesos de protección de los derechos fundamentales han de ser rápidos y acelerados, cuyo único fin es terminar lo antes posible con la violación a alguno de los derechos fundamentales a los que se refiere el art. 53.2 CE, y, por lo tanto, la restitución del mismo a si titular. Y así nos lo hace entrever la STC 64/1991 de 22 de marzo (BOE 24 de abril de 1991). Como señaló dicha STC “el recurso de amparo se ha establecido por el constituyente y configurado por el legislador como medio procesal para recabar la tutela de los derechos recabados en los arts. 14 a 30 de la CE y como finalidad de preservar los mismos”.

En cuanto a las pretensiones de poner fin a la violación y resarcir el derecho violado, se encuentran una serie de pretensiones accesorias, como podría ser la obtención de una indemnización debido a los daños que haya podido causar la violación. Pretensión la cual se puede alegar conjuntamente con el objeto del proceso. Le corresponde al tribunal concedor del caso en concreto fijar, en el caso de que la haya, la indemnización correspondiente.

Siendo posible pues, por ejemplo, establecer una demanda en la cual se establece que se ha utilizado de manera ilegítima los derechos de imagen del sujeto. Por lo tanto, en el seno del mismo proceso, en el caso de que se falle a favor, se podría declarar la

---

<sup>14</sup> CATALINA BENAVENTE M.A., *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales, Tirant lo Blanch, valencia, 2010, p.34.*

<sup>15</sup> STC 81/1992, de 28 de mayo de 1992.

<sup>16</sup> STC 81/1992, de 28 de mayo de 1992.

intromisión ilegítima de los derechos de imagen del particular. Así como el abono de una cantidad que se deberá de precisar en el proceso, en la sentencia del mismo.

Entre las medidas tomadas para que esta celeridad sea efectiva encontramos el acortamiento de plazos o el refuerzo de medidas cautelares. Sin olvidar, y en palabras de CARRASCO DURAN, “que se pueden dar diferentes circunstancias dentro del orden jurisdiccional, y estas deben de resolverse dentro de cada orden jurídico”<sup>17</sup>.

Cierto es que es competencia exclusiva del Estado que la protección sea efectiva y le derecho vulnerado sea resarcido con la mayor rapidez posible. Sin embargo, el ciudadano puede reforzar dicha protección con ciertas actuaciones. Ya que no se ha de interpretar en virtud a lo establecido con anterioridad, que al único que se le exija la rapidez, sea al órgano judicial. Pues también, la rapidez es un término que se ha de manifestar en el sujeto que ha padecido la violación. En lo que se refiere al ciudadano, el legislador es el que debe de exigir la rapidez de su reacción frente a la injerencia o violación del derecho fundamental. De tal manera, que se pueda hacer efectivo el conocimiento de la violación de la forma más rápida posible y cesar de forma efectiva el ataque a estos derechos.

El Tribunal Constitucional ha declarado que los derechos fundamentales son permanentes e imprescriptibles. Ello no quiere determinar que no haya límite de tiempo frente a la violación de un derecho fundamental. Por el contrario, según el TC “para reaccionar frente a cada lesión concreta que cada ciudadano entiende haber recibido contra un derecho fundamental, el TC limita temporalmente el ejercicio de la acción.”<sup>18</sup>.

Refiriéndome a esto, la LO 1/1982 de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen, en su art. 1.3, acertadamente indica que estos derechos, resultaran imprescriptibles. A pesar de lo desarrollado en el mismo, la misma ley, en su art. 9.5, somete el ejercicio de la acción de resarcimiento de la violación a un plazo máximo de 4 años.

Tras todo lo matizado con anterioridad, se llega a la conclusión de que los derechos fundamentales, jerárquicamente hablando, están en el nivel máximo de protección que ofrece el Estado. En cuanto al conflicto con otros derechos que no posean el concepto de fundamental, no cabría debate alguno sobre cuál ha de ser expulsado del conflicto y cual se debe mantener. Pero, el problema se materializa cuando existe conflictividad entre derechos que ostentan la condición de fundamentales. Como bien afirma CASTILLO CÓRDOVA, esto es así porque “se tiene el convencimiento de que al ejercer un derecho fundamental, éste se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo”<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> CARRASCO DURÁN, M., *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 72

<sup>18</sup> CATALINA BENAVENTE M.A., *El tribunal... Op.Cit.*, p. 36

<sup>19</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L.F., “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales*, <https://revistas.juridicas.unam>, número 37, julio-diciembre, 2017, (disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales>).

Siendo pues lógico afirmar que, la violación o la controversia que pueda establecerse entre dos derechos fundamentales, o la que sufre el particular, sea corregida en el seno del mismo proceso en que se cometió, hecho que ha de resolverse por el órgano judicial superior conocedor del caso. El problema que preocupa al legislador es la carga de trabajo que soporta el TC, y que, por ello, los procesos judiciales de resolución de controversias en relación con los derechos fundamentales, no son ni acelerados, ni urgentes, ni preferentes.

Varios son los autores que han propuesto diferentes soluciones, siendo así el caso de GONZÁLEZ RIVAS, para quien “el correcto desarrollo del art. 53.2 CE debería de tener como centro precisamente las violaciones imputables a los órganos judiciales. Por ello la solución pasaría, el acceso al amparo constitucional, es decir, la competencia se atribuiría a las distintas salas de los tribunales superiores de justicia, sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y en última instancia, al Tribunal Supremo”<sup>20</sup>.

En definitiva y en palabras de los autores anteriormente nombrados, la solución, para hacer frente a la multitud de asuntos que ha de soportar el TC, hecho que directamente recae en que los procesos no sean ni sumarios ni acelerados, pasa por la reducción de los derechos protegibles de amparo.

Siempre y cuando no olvidemos que nos encontramos antes preceptos universales, por tanto no se puede excluir a los tratados internacionales, hago aquí referencia a los establecido en al art. 10.2 de la CE.

A todo ello y junto con la extensión que se establece en el art. 10.2, destacar también el papel de los jueces y magistrados dentro de la protección. Tanto jueces como tribunales “deben sumisión a los derechos fundamentales que expresamente regulan el ejercicio de su actividad, ya que permanece dentro del Poder Judicial, aunque de manera posterior se atribuya a un órgano superior del que sufrió la violación”<sup>21</sup>. El Estado deberá de ofrecer una tutela adecuada a la violación de los derechos fundamentales, bien sea establecido por un particular, bien lo sea por un poder público.

Llegamos pues a la conclusión, más que evidente que los derechos fundamentales son inherentes al ciudadano, y, por lo tanto, es misión del Estado protegerlos. Ello mismo no quiere decir que estos derechos sean intocables en cualquier situación. Tampoco es sensato pensar que en nuestro Estado, la búsqueda de la verdad se debe de realizar a cualquier precio. Por todo ello, ni los derechos fundamentales son intocables, ni se pueden vulnerar en cualquier situación.

Como con gran acierto indica ASECIO MELLADO “podríamos determinar estos derechos fundamentales como el punto de equilibrio del conflicto expuesto, sin que ello signifique que tengamos que tenerlos como barreras infranqueables”<sup>22</sup>. Se pueden admitir

---

<sup>20</sup> GONZÁLEZ RIVAS, J.J., Amparo judicial. *Jurisprudencia Constitucional práctica: laboral, penal, civil y contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1994, p.340.

<sup>21</sup> CATALINA BENAVENTE M.A., *El tribunal supremo...* Op. Cit., p.52.

<sup>22</sup> ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho..* Op. Cit. P.138.

injerencias en los casos en los que el sujeto titular de los mismos derechos se encuentre en un proceso penal.

Tras lo desarrollado con anterioridad, es necesario en este punto determinar la limitabilidad de los derechos fundamentales siendo por lo tanto una limitación expresa, que se puede encontrar dentro de la CE. No por ello en los casos en los cuales no haya un reconocimiento expreso por parte de la CE, no se va a poder limitar el derecho, pero será necesaria la existencia de una ley que nos permita limitarlo.

A fin de expandir aún más las fronteras que abarca el presente trabajo y con fines comparativos, destacar y comparar el desarrollo que los derechos fundamentales poseen en otros países y en el nuestro. Como por ejemplo es el caso que ocurre en Costa Rica, país en el cual no se encuentra una limitación expresa recogida dentro de su constitución.

No por ello se ha de concluir que no cabe establecer limitación alguna en los casos en los que, según el juez, sea necesaria. Pero el procedimiento a seguir es diferente al español. Ya que la misma ha de ser labor de interpretación en el caso concreto, siempre y de la manera en la cual no haya una ley jerárquicamente superior que impida su limitación. Estarían dejando en las manos, en las facultades, del legislador el poder de legislar sobre el caso en concreto y determinar en qué casos se debería de aplicar y en qué casos no es posible dicha aplicación.

En algunos casos tales como en la intervención de las comunicaciones, cierto es que se precisa de una autorización judicial para poder llevar a cabo la limitación, pero también, como a toda regla general se admiten excepciones, así nos los hace ver, por ejemplo, el art. 579 de la LECrim. En cuanto a las mismas, por ejemplo, que en algunos casos de urgente necesidad será el propio Ministro del Interior, o en su defecto, el Secretario de Estado de seguridad, los que puedan establecer dicha autorización. Básicamente estos actos se encuadran en actuaciones de bandas armadas o hechos acaecidos o denominados como terroristas, razonablemente, hechos que determinan como imprescriptible la medida.

En palabras de SÁENZ ROYOS “ningún derecho, ni aun los fundamentales, puede considerarse ilimitado. El TC asume y acepta la idea de que la imposición de límites al derecho fundamental es algo necesario. Además de los límites impuestos en la CE, puede el legislador limitar un derecho fundamental. La habilitación se puede encontrar en el art. 53.1. La regulación concreta puede ser más o menos restrictiva, dependiendo del contexto de gobierno en el que se encuentre”<sup>23</sup>.

Lo que bajo ninguna circunstancia se podrá alterar es el contenido esencial del propio derecho. Sobre ello se pronuncia nuestro TC en su sentencia 11/1981 de 8 de abril. Define o delimita el contenido esencial del derecho subjetivo como “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias en la que el derecho sea reconocido como

---

<sup>23</sup> SÁENZ ROYOS, E., *Manual de Derecho Constitucional I*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2017 p. 140.



fundamental y sin las cuales no sería reconocido como tal. Teniendo en cuenta siempre el momento histórico en el cual nos encontremos.” Siendo considerado también como “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho, resulten, efectivamente, protegidos.”.

En esta misma sentencia se pronuncia el TC sobre qué ocurriría si se sobrepasa la limitabilidad de los derechos fundamentales. El contenido del derecho queda pues rebasado cuando “queda sometido a limitaciones que lo hagan impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

A pesar de lo expuesto, algún sector doctrinal, ha defendido que algunos derechos constitucionales son absolutos. Avala esta posición la contundente redacción de algún precepto constitucional, como sucede con el derecho a la integridad física y moral reconocida en el art. 15 CE, sin que en ningún caso, afirma la Constitución, pueda nadie ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes; Igual sucede con el derecho a no declarar sobre la propia ideología o religión o creencias.

Como de manera acertada indica GIMENO SENDRA, “los derechos fundamentales asisten al investigado y son manifestación de la dignidad humana en el proceso penal, en el que la verdad no puede atribuirse a cualquier precio. Son pues, derechos de defensa o instrumentales de ella, como por ejemplo a ser informados en todo momentos de la acusación o del desarrollo de proceso”<sup>24</sup>

Llegamos a la conclusión, según las declaraciones tanto de autores como de la propia CE, de que no se puede alcanzar la verdad a cualquier precio. Ya que, en los casos en los cuales nos encontremos con una vulneración dentro de un proceso penal, de un derecho fundamental, en la búsqueda y obtención de pruebas, normalmente esto va a ocasionar un supuesto de valoración prohibida de la prueba. Véase, por ejemplo, los casos en los cuales se obtienen confesiones por medio de las torturas.

Llegados a este extremo y para profundizar más en la limitabilidad de los derechos fundamentales, pondremos en conocimiento los derechos, del título II de la CE, que van a ser materia de incidencia procesal. Dentro de este conjunto cabe destacar el art. 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, y 25 de la CE. Pero, al indagar más en el asunto destacamos que los derechos fundamentales procesales, se encuentran principalmente ubicados en el art. 24 CE.

Como de manera rotunda reconoce el propio TC en su STC 114/1984 de 26 de noviembre, sobre la importancia y posición que ocupan los derechos fundamentales. Por medio de la cual, el propio TC reconoce que “existe una necesidad de alcanzar un justo equilibrio entre la actividad encaminada a la investigación y escurrimiento de actividades delictivas y la salvaguardia del conjunto de derechos que toda persona debe poseer en un Estado de Derecho”.

---

<sup>24</sup> GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp 46 47.

Acrecentando aún más los conceptos anteriores, aludo a lo declarado por ASECIO MELLADO, “todo elemento o fuente de prueba obtenida con violación de un derecho fundamental ha de ser considerado nulo. Y por lo tanto su valoración quedará vedada, o lo que es lo mismo, en caso alguno los tribunales podrán tenerla en cuenta para basar en alguna de ella su sentencia condenatoria”<sup>25</sup>.

Junto a las declaraciones de GIMENO SENDRA, establece que en los casos en los cuales haya vulneración de los derechos fundamentales en el transcurso de un proceso penal, “ha de hacerse valer mediante la denuncia de la vulneración de otros derechos fundamentales procesales. Denuncia que posibilitará su restablecimiento, por los tribunales superiores, y, en último término, por el TC, mediante la declaración de nulidad de sentencia condenatoria o la del juicio oral”<sup>26</sup>.

A modo de introducción a un tema que se desarrollará de manera posterior en el presente trabajo, determinar que para que la limitabilidad de los derechos fundamentales sea efectiva, se tienen que dar una serie de requisitos, por el contrario, cuando no se den se corre el riesgo de sufrir la declaración de nulidad.

Como bien indica ASECIO MELLADO, estos requisitos aluden a “la legalidad, jurisdiccionalidad, proporcionalidad y garantías en la ejecución de la restricción. En lo que a legalidad se refiere, que será necesaria una ley que desarrolle la forma en que su restricción ha de producirse. En cuanto a su jurisdiccionalidad, que conlleva que toda limitación de un derecho fundamental ha de ser acordada u ordenada por la Autoridad Judicial. Proporcionalidad que atiende a las exigencias de “existencia de una imputación concreta, idoneidad de la medida, proporcionalidad de principio a fin y motivación de la resolución limitativa de derecho”. Y, en cuanto a las garantías, atiendes al aseguramiento de la fiabilidad del medio utilizado”<sup>27</sup>.

## **1.2. REQUISITOS PARA LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

Tras todo lo afirmado con anterioridad, se llega a la conclusión de que los derechos fundamentales son el bien máspreciado y protegido en nuestro Estado. Ello no quiere decir que vayan a ser intocables. Cuando el sujeto se encuentre en el seno de un proceso penal, estos derechos podrán, dentro de los marcos legales establecidos con anterioridad, tales como la aceptación por parte de la CE o el respaldo de la ley, ser limitados por el legislador.

---

<sup>25</sup> ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho...* Op. Cit. p.143.

<sup>26</sup> GIMENO SENDRA, V., *Manual...* Op. Cit. p.46.

<sup>27</sup> ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho...* Op. Cit. pp.138-142.

En consecuencia, los derechos fundamentales a excepción del derecho a la vida, son limitables. Para ello es necesario que se cumplan una serie de requisitos. Como indica ASENSIO MELLADO, estos requisitos “son tanto de aplicación a la conducta del legislador y que en todo caso deberá de respetarlos so pena de producir una norma que podría devenir inconstitucional, cuanto a los jueces y el resto de órganos públicos de la investigación que, en el supuesto de infringirlos, correrían el riesgo de sufrir la declaración de nulidad del concreto acto realizado”<sup>28</sup>.

En específico, para que una correcta limitación de los derechos fundamentales sea efectiva, tendrá que respetar la legalidad de la medida, la jurisdiccionalidad, el principio de proporcionalidad, el cual conlleva una serie de exigencias tales como la existencia de una imputación concreta, idoneidad de la medida, proporcionalidad de medio a fin y motivación de la resolución limitativa de derecho y será necesario por último que se cumplan determinadas garantías en la ejecución de la restricción.

En conclusión, en toda limitación de derechos fundamentales se deben observar estos requisitos. Es misión del legislador actuar de manera adecuada para que los derechos fundamentales no se vean limitados de forma excesiva y en ese mismo caso se proceda a la declaración de nulidad del acto realizado. En el supuesto en que se aplique la limitación de un derecho fundamental sin darse uno de estos requisitos, se producirá la situación de nulidad del acto en concreto.

Debe de existir, lógicamente, un proceso abierto en el caso en el cual se vaya a efectuar una limitación de los derechos fundamentales del sujeto puesto que, solo con la apertura de un proceso y en el seno de este, estos derechos pondrán ser limitados. La medida habrá de ser la idónea a la hora de adoptarla y no existir otras que alcancen un objetivo similar y resulten menos lesivas de los derechos fundamentales, en su esencia, habrá de constar una imputación concreta, pues no se deberá de versar sobre acusaciones generales. La medida tomada deberá de ser proporcional al daño realizado y, además, la sentencia deberá de revestir las causas por las cuales se ha llegado a tomar esa decisión, no siendo posible la ausencia de una motivación suficiente que justifique la concreta decisión tomada.

Para que una correcta limitación de los derechos fundamentales sea llevada a cabo, es necesario que se cumplan con los requisitos de jurisdiccionalidad, legalidad, proporcionalidad y que sean cumplidas una serie de garantías. Es misión del legislador regular de una forma adecuada estos requisitos para que no se exceda en el uso de medidas en la injerencia de derechos fundamentales. En este sentido se va a desarrollar el requisito de la legalidad, el cual exige que la limitación de derechos fundamentales sea desarrollada por Ley Orgánica.

---

<sup>28</sup> ASENSIO MELLADO J.M., *Derecho...* Op. Cit. pp. 138-139.

### 1.2.1. LEGALIDAD.

Debido a la complicada tarea de injerencia en la esfera de los derechos fundamentales, se deben de cumplir ciertos requisitos a la hora de su limitación. Uno de los requisitos sobre los que va a versar una correcta limitación del derecho fundamental es la legalidad. El requisito de la legalidad en la limitación de los derechos fundamentales viene a determinar que toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada del ciudadano, en este caso en los derechos fundamentales, ha de estar prevista por ley y, en específico, desarrollada por Ley Orgánica. Refiriéndonos a los derechos fundamentales, no cabe su regulación por reglamento autónomo, pues se exige que se desarrollen por Ley Orgánica, de lo contrario, nos encontraríamos ante simples sanciones autónomas y desprovistas del cuerpo legislativo adecuado, acción la cual desencadenará en la nulidad del caso en concreto. Esté o no prevista por la Constitución la limitabilidad de un derecho fundamental siempre será necesaria una ley que desarrolle la forma en que su restricción ha de producirse. Los derechos fundamentales son, en principio, inatacables y solo pueden ser limitados mediante el mecanismo de una ley que establezca los requisitos atendibles en cada caso.

Según FAIRÉN, el requisito de legalidad encuentra su fundamento en la necesidad del proceso, toda vez que hay satisfacciones, como lo son, de un lado, la satisfacción penal y, de otro, las dimanantes de las pretensiones declarativas y constitutivas, que solamente se pueden obtener a través del proceso<sup>29</sup>.

En este sentido se pronuncia ASENCIO MELLADO indicando que “la ley habrá de determinar el alcance de la restricción autorizada y las condiciones impuestas para ello, de manera que toda limitación no expresamente permitida estará prohibida. Indicando también que las leyes de desarrollo no tienen por finalidad el reconocimiento de esos derechos, sino todo lo contrario. Ya que las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales son leyes de límites que sirven por un lado para que los ciudadanos conozcan hasta dónde alcanza el ejercicio normal del derecho y, por otro lado, condicionar la actividad represora del Estado. (...) Dos son los requisitos que debe de cumplir cualquier norma restrictiva de derecho fundamental. El primero de ellos es que la norma sea accesible y previsible. La ley es una ley de desarrollo de un derecho fundamental y no una de reconocimiento, ha de ser pública y lo suficientemente amplia para informar a los ciudadanos, de una manera precisa, para que estos puedan ajustar su conducta a la misma norma. Y, además, que la norma no abra la puerta, por su ambigüedad o amplitud a la arbitrariedad de los poderes públicos”<sup>30</sup>.

El principio de legalidad en su vertiente procesal queda recogido en el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y forma parte de la categoría relativa a las garantías que disfruta el procesado en un juicio abierto siempre y cuando exista una acusación en concreto. Implica la existencia de una ley que sea anterior a la limitación que se va a

---

<sup>29</sup> En este sentido, FAIRÉN, V., “Ideas para una Teoría General del Derecho Procesal s (Comentario al artículo 20 de la Ley de Protección de la seguridad Ciudadana)”, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992, p. 179.

<sup>30</sup> ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho...* Op. Cit. p.139.

establecer, al hecho que es objeto del proceso y que sea la propia ley orgánica la que vaya a desarrollar las formas de limitación adecuadas para cada caso en concreto, prohibiendo así la analogía o las situaciones que versen sobre rasgos generales, pues es la propia ley la que ha de desarrollar las formas de limitación para cada caso en concreto. La ley que prevea los supuestos de limitación de derechos fundamentales ha de adoptar la forma de ley orgánica, ya que al ser limitativa de derecho fundamental debe de establecerse conforme a lo establecido en el art. 81.1 de la CE, el cual exige que sea una ley orgánica la que desarrolle las distintas formas de limitación de los derechos fundamentales<sup>31</sup>.

En este mismo sentido también lo establece la Sala segunda del tribunal supremo durante el primer cuatrimestre de 1971, y como de manera acertada establece GISBERT CALABUIG, “El artículo 1 de la LECrim. Consagra el principio de la legalidad procesal, porque solo permite el enjuiciamiento de los actos punibles, y su punición por la jurisdicción ordinaria a quien estén atribuidos, de acuerdo a sus normas comunes o a las especiales, y en virtud de sentencia de Juez competente”<sup>32</sup>.

Que el desarrollo de la limitación de un derecho fundamental vaya a ser realizado a través de una Ley Orgánica implica que sea esa propia ley procesal la que debe tipificar las formas y el contenido de las diferentes formas de limitación que se vayan a realizar. En estos casos de limitación de derecho fundamental el juez no podrá razonar utilizando la analogía o en base a alguna laguna para tomar la decisión de limitación del derecho fundamental debido a que solo se podrán limitar los derechos en las formas que desarrolle la ley orgánica, es decir, en los casos en los que hayan lagunas normativas estas no deberán de ser tomadas como posibilidades de limitar el derecho fundamental, sino como prohibiciones de hacerlo debido a que no se encuentran expresamente desarrolladas en la propia Ley Orgánica. La norma legal habilitadora de la injerencia debe reunir las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de la seguridad jurídica y certeza del Derecho para aportar al ciudadano una protección adecuada contra la arbitrariedad.

De esta manera lo establece el TC en su sentencia 159/1985 de 27 de noviembre, en la misma se refiere a desde una concepción del principio de legalidad ciertamente estricta, que requiere que solo la ley, emanada de la soberanía popular, pueda determinar, y hacerlo con claridad, los presupuestos de restricción de los derechos fundamentales (presupuesto de la norma penal) y en qué medida estos se restringen (consecuencia jurídica)<sup>33</sup>.

Derivado de este requisito de legalidad cabe indicar que las formas de injerencia en la esfera de los derechos fundamentales son las desarrolladas dentro de la Ley Orgánica. Llegamos a la conclusión que a pesar de que se desarrolle una ley posterior que implique

---

<sup>31</sup> En este sentido DE LA ROSA CORTINA, M. A., *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*. BOSCHA, Barcelona, 2015, p, 70-71.

<sup>32</sup> GISBERT CALABUIG F., “Jurisprudencia procesal penal”, Dialnet, primer cuatrimestre de 1971. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2786020.pdf>.

<sup>33</sup> Sentencia 159/1985 de 27 de noviembre.

un mayor castigo, esta no podrá ser utilizada para el caso anterior concreto, pues se prohíbe la irretroactividad de la norma.

Atendiendo a lo expuesto anteriormente lo que implica también este requisito es que cuando la ley posterior limitativa de derecho fundamental sea más restrictiva que la anterior, se prohíbe la irretroactividad de la norma, pues se habrá de tener cuenta que se deberá de cumplir con exactitud todo lo establecido en la ley orgánica que desarrollara el caso en concreto. Los órganos judiciales deberán de ser estrictos en el cumplimiento de los plazos y medidas recogidos en la ley para la limitación, pues en caso contrario, estaríamos ante una limitación desproporcionada de derecho fundamental y por ello carente de cobertura legal.

Los derechos fundamentales se encuentran recogidos en la Constitución, por ello no necesitan de una ley de reconocimiento de los mismos, es decir, la Ley Orgánica de desarrollo del derecho fundamental no tiene como finalidad el reconocimiento del mismo, sino, todo lo contrario, una injerencia en el derecho fundamental. La acción de reconocimiento carece de sentido legislativo debido a que estos no necesitan otro cuerpo legislativo que lo reconozcan, pues se encuentran recogidos en la propia constitución. Por otro lado, la finalidad de las leyes de restricción es exactamente lo contrario, no cumplen una función de reconocimiento, sino que cumplen una función restrictiva, ya que estas leyes son leyes que establecen una injerencia en los derechos fundamentales y que poseen una doble vertiente. “Una primera vertiente la cual sirve para que los ciudadanos conozcan hasta donde alcanza el ejercicio normal del derecho y, por otro lado, para condicionar la actividad de represión que posee el estado en estos casos ya que, el poder del estado no es absoluto en estos casos, pues ha de respetar la esencia de los derechos fundamentales”<sup>34</sup>.

En su esencia el requisito de legalidad se puede considerar como una garantía para el ciudadano debido a que el Estado no puede actuar de manera absoluta, pues se habrá de perseguir la verdad con afán pero esta no debe de ser encontrada a cualquier precio. Constituye por lo tanto una garantía para el procesado y un límite de actuación para el Estado debido a que este no puede actuar de manera absoluta sin tener en cuenta las consecuencias de sus actos. Llegamos pues a la conclusión de que ningún sujeto podrá ser condenado por una información obtenida sobre la base de diligencias de investigación no desarrollada expresamente por ley orgánica. Y junto con ello, además, esta ley orgánica, debe de desarrollar la forma en que la limitación ha de producirse y la forma de actuación del legislador<sup>35</sup>.

La ley habrá de regular la forma de actuación y limitación de los derechos fundamentales. De igual manera, es competencia de la ley regular las situaciones en las cuales se produce una vulneración de los derechos, ya que la ley ha de establecer de forma expresa los

---

<sup>34</sup> ASECIO MELLADO, J.M. *Derecho Procesal...* Op. Cit. p. 142.

<sup>35</sup> En este sentido ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho...* Op. Cit. pp.139.

límites a la actuación del Estado. Las leyes reguladoras de una situación en la cual se vaya a establecer una limitación del derecho fundamental deben cumplir dos requisitos.

Desde un primer punto de vista la norma ha de ser accesible y previsible ya que, al ser una ley limitadora y no de reconocimiento de los mismos, debe de ser pública y proporcionar a los ciudadanos una información suficiente y precisa que les permita ajustar su forma de actuar a la misma regulación y prever, de la manera más adecuada posible, los castigos o consecuencias que se derivan de un comportamiento contrario a lo que se establece en la norma. Por otro lado y como segundo requisito que deben de cumplir las normas reguladoras de una situación de limitación de un derecho fundamental, esta misma habrá de ser clara y concisa para no permitir la arbitrariedad de los poderes públicos, es decir, que por su ambigüedad o amplitud no permita a los poderes públicos ser arbitrarios<sup>36</sup>.

Esto es necesario establecerlo debido que el Estado ha de regular su actuación en base a unas limitaciones que no le permiten actuar de una manera libre y total. En caso de una actuación ilícita por parte del Estado, conllevará a la nulidad del acto debido a que nos encontramos ante un supuesto de prueba prohibida, concepto el cual desarrollaremos con más profundidad en el presente trabajo. Para que la actuación no sobrepase los límites establecidos, la ley establece los mismos, entendiendo por “límites a la actuación del Estado” aquello que nunca debe de sobrepasarse jurídicamente hablando, porque en el caso de que se esté sobrepasando o vulnerando de una manera excesiva el derecho, podría afectar al contenido esencial del derecho fundamental y como ya se ha establecido con anterioridad, este es inmune y de protección constitucional por medio del art. 53 CE.

Como indica ASECIO MELLADO, “la ley, si ha de ser clara en orden a las consecuencias de un acto ilícito cometido por un ciudadano, igualmente ha de serlo en lo referido a los límites de la intervención del Estado”<sup>37</sup>.

El requisito de legalidad en la limitación de un derecho fundamental viene a determinar que la forma de injerencia en el derecho deba de ser desarrollada por ley orgánica y no por reglamento, esto es así debido a que los derechos fundamentales son intocables y solo podrán desarrollarse por Ley Orgánica. En este mismo sentido es la propia ley la que habrá de determinar la forma de limitación de los mismos estableciendo las condiciones para ello y las limitaciones que tendrá la actuación por parte de los poderes públicos. La norma ha de ser clara y entendible para todos los ciudadanos, de tal manera que todos podrán actuar conforme a la misma y esta no habrá de permitir la arbitrariedad de los poderes públicos debido a su formato. Las leyes que regulan los derechos fundamentales no son leyes que tiendan a darles virtualidad o eficacia alguna, sino solo a establecer los límites a su ejercicio. Toda ley de desarrollo de un derecho es, pues, una ley de límites, límites que permiten al ciudadano saber hasta dónde es exigible su renuncia, pero que, fundamentalmente, sirven para poner fronteras a la actuación del Estado. Solo puede limitarse un derecho hasta donde lo permita, de modo además expreso, una ley. Ni cabe

---

<sup>36</sup> En este sentido ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal...* Op. Cit. p.141.

<sup>37</sup> ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho...* Op. Cit. p.140.

la interpretación extensiva, ni la jurisprudencia puede servir para habilitar restricciones no previstas legalmente. En materia de restricción de derechos fundamentales, la jurisprudencia no es fuente del derecho.

### **1.2.1.1. REQUISITOS FORMALES Y MATERIALES.**

En lo que a requisitos formales se refiere cabe destacar que su principal rasgo es la reserva de ley, entendiendo la misma derivada de una interpretación del art. 25.1 de la CE, ya que en su último inciso se refiere al término “legislación vigente” y entendió, desde un primer momento y todavía es afirmado por el Tribunal Constitucional, que el instrumento normativo adecuado para el establecimiento de la conducta penalmente antijurídica podría serlo, como regla general cualquier disposición con rango de ley, incluido el decreto-ley.<sup>38</sup> No obstante, como se ve en el presente trabajo, los derechos fundamentales solo podrán ser reglados por ley orgánica, debido a que incide directamente sobre materia parlamentaria y por lo tanto será desarrollada por ley orgánica.

La reserva de la ley asegura que la elaboración, debate y aprobación de materias que vengán a regular limitaciones en los derechos fundamentales se produzca mediante el procedimiento legislativo parlamentario. Exigiendo que sea el Congreso Nacional el que regule las materias que el constituyente le ha dado mayor trascendencia, en específico, los derechos fundamentales.

La reserva de ley constituye la técnica o principio en virtud de la cual se exige desde la Carta Fundamental que la materia que incida sobre derecho fundamental será regulada por ley orgánica, siendo el legislador el encargado de establecer las normas que dispongan el régimen jurídico de dicha área o asunto reservado, todo ello de acuerdo a los principios de publicidad, debate y contradicción.

La reserva de ley en sus orígenes representó una garantía de las personas frente a las intervenciones directas del gobernante o rey, así el Poder Ejecutivo debía encuadrarse en el ámbito autorizado por el legislador. El legislador es el órgano más apropiado para regular los derechos, en virtud del principio democrático y del Estado de Derecho, excluyendo así al administrador como regulador primario de los derechos fundamentales<sup>39</sup>.

El efecto de la garantía constitucional de la reserva de ley es doble, por una parte, inhabilita a los demás poderes públicos para intervenir en la regulación de los derechos fundamentales y, por otra, determina que la potestad legislativa es irrenunciable en la materia reservada. El requisito formal de la reserva de ley establece que una correcta limitación de los derechos fundamentales ha de ser llevada a cabo por ley orgánica,

---

<sup>38</sup> En este sentido GIMENO SENDRA, V., *Derecho...* Op. Cit. p.67.

<sup>39</sup> En este sentido NOGUEIRA ALCALÁ “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales.” *Ius Et Praxis*, v.11, número 2, Talca, 2005.



excluyendo de esta regla general aquellas situaciones en las cuales se regulan derechos no fundamentales, pues es en estas situaciones cuando actuará el decreto-ley.

Junto al requisito formal de la reserva de ley, nos encontramos ante los requisitos materiales de previsión y certeza. En este mismo sentido se requiere la concurrencia de una garantía material a los órganos jurisdiccionales penal que, para la integración de una determinada conducta, haya de existir una predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las penas o sanciones aplicables, es decir, que debe de encontrar apoyo y cuerpo legislativo a la hora de aplicar las correspondientes penas o sanciones.

En cuanto a la previsión viene a determinar la prohibición de que se requiera a la limitación de un derecho fundamental en su forma más grave, es decir, establece la prohibición de que en los casos en los cuales exista la posibilidad de que la limitación sea llevada a cabo de una manera menos grave, debido a que se ha llevado a cabo en un momento temporal diferente, se establezca la prohibición de la irretroactividad y sea penado en su forma más dañina. En cuanto a la certeza viene a determinar la necesidad de que la resolución y las medidas que se van a llevar a cabo sean conocidas y claras por todas las personas que van a intervenir en el proceso.

En definitiva, tanto el requisito formal como el requisito material son necesarios a la hora de garantizar la legalidad en un proceso penal abierto, pues de lo contrario, estaríamos ante un supuesto ilícito y por consiguiente de nulidad del acto en concreto.

### **1.2.2. JURISDICCIONALIDAD.**

Además de la legalidad anteriormente definida la limitación de los derechos fundamentales habrá de ostentar el requisito de la jurisdiccionalidad. En específico el requisito de la jurisdiccionalidad viene a determinar que toda injerencia en la esfera de los derechos fundamentales del ciudadano debe de estar acordada u ordenada por autoridad judicial. En cuanto a su vertiente negativa, se deriva de la misma la prohibición a la administración de que ostente capacidad para limitar derechos fundamentales. Tras desarrollar la vertiente negativa, pasaremos a establecer la positiva, entendiendo la misma como que tanto los jueces como los tribunales han de poseer no sólo la última, sino también la primera palabra ya que toda limitación de un derecho fundamental ha de ser acordada u ordenada por autoridad judicial<sup>40</sup>. Toda medida restrictiva de derechos fundamentales requiere una decisión judicial motivada.

Por todo lo establecido con anterioridad, toda acción encaminada a la limitación de un derecho fundamental, ha de estar acordada u ordenada por la Autoridad Judicial correspondiente. Los jueces y tribunales son los únicos que poseen competencia para adoptar las decisiones y, excepcionalmente, y en casos de urgente necesidad, puede la policía judicial restringir los derechos fundamentales, como ocurre en el caso de la detención preventiva. A modo de ejemplo, en la prisión provisional la medida cautelar

---

<sup>40</sup> En este sentido ASECIO MELLADO, J.M., Derecho... Op. Cit. p.140.

solo puede ser acordada por los órganos judiciales, aunque no se impide atribuir a la autoridad gubernativa y a sus agentes la facultad de practicar detenciones, sujetas de forma inmediata al control jurisdiccional.

En aras de una mayor eficacia en la persecución de los delitos, la ley regula la utilización de unas técnicas de investigación criminal por medio de las cuales el poder público realiza una intromisión en la esfera de los derechos fundamentales, puesto que no son derechos absolutos, cabe que su protección resulte exceptuada al enfrentarse directamente al interés público. Refiriéndonos a lo anterior establecido y explicado en términos muy sencillo, quiere decir que la ley regula el uso de unas técnicas de investigación a partir de las cuales se va a limitar un derecho fundamental debido a que su autor ha cometido un acto ilícito y que va en contra del interés general. Estas medidas utilizadas y con injerencias en los derechos fundamentales quedan reservadas a la intromisión judicial, precisamente porque la intervención de un juez garantiza el cumplimiento de los requisitos y límites de la injerencia.

Sin embargo, no por lo anteriormente expuesto se ha de pensar que esta regla general no va a encontrar excepciones. En específico, me refiero a ciertas matizaciones que se pueden hallar establecidas en la propia Constitución, que encuentran desarrollo legislativo también en la LECrim.

Las excepciones a tal regla genérica dicha con anterioridad, se podrían resumir como las posibilidades que hay de afectar el contenido de un derecho fundamental sin la necesidad de poseer autorización judicial previa.

Excepción a tal regla genérica es en el caso en el cual la libertad puede ser restringida por la Administración en el ámbito de la adopción de la detención preventiva, desarrollado en los arts. 17.2 CE y 492 LECrim., y sin que sea necesaria la autorización judicial previa. En cuanto al segundo caso y dejando de lado la libertad, esta segunda excepción se refiere a la inviolabilidad del domicilio en los casos en los cuales haya flagrancia o consentimiento y el elemento procesal de urgencia debido a la posibilidad de pérdida del material probatorio. Desde una tercera situación se recogen los casos de los art. 17.2 y 18.2-3 en los que haya relación con bandas armadas o con terrorismo<sup>41</sup>. Lo que unido a las razones de urgencia y necesidad le permiten a la policía actuar sin la previa autorización judicial siempre y cuando observe idoneidad y necesidad<sup>42</sup>.

Fuera de los casos anteriores también la constitución reconoce la posibilidad de limitar, sin previa orden judicial, los derechos contenidos en los arts. 17.2 y 18.2-3, en los casos en que estén imputadas personas relacionadas con bandas armadas o con el terrorismo en general. 1

En definitiva, toda limitación de un derecho fundamental ha de estar acordada u ordenada por autoridad judicial, los jueces son los únicos que poseen competencia para adoptar las

---

<sup>41</sup>En este sentido ASENCIO MELLADO, J.M., Derecho... Op. Cit. p.140.

<sup>42</sup> En este sentido SÁEZ VARCÁRCEL, R., (Coord. CARMONA RUANO, M.) *Hacia un nuevo proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

medidas de limitación. Como toda regla general, esta misma admite excepciones, ya que la libertad puede ser restringida por la administración en el ámbito de la detención preventiva, la inviolabilidad del domicilio puede ser limitada por la administración en las condiciones previstas también por la propia ley fundamental y en los casos de terrorismo o bandas armadas, la propia constitución reconoce la limitar derechos de los arts. 17.2 y 18.2-3, sin previa autorización judicial.

### **1.2.3. PROPORCIONALIDAD.**

El requisito o la garantía de proporcionalidad es esencial en punto a determinar la viabilidad en un concreto caso de la restricción de un derecho fundamental. Primero de todo, como requisito para que la limitación de un derecho fundamental sea llevada a cabo y se considere proporcionada debe de existir un proceso penal abierto y una imputación concreta, pues, solo es posible restringir derechos fundamentales en el curso de una investigación penal respecto de sujetos previamente imputados; es inadmisibles hacerlo cuando sobre los investigados no recaiga sospecha delictiva alguna. Tras haber definido los requisitos de legalidad y jurisdiccionalidad, será necesario analizar de una manera adecuada el de proporcionalidad, requisito indispensable y esencial junto con los anteriores, para poder habilitar la restricción de un derecho fundamental. En este sentido cabe analizar el requisito de proporcionalidad como un punto esencial de la limitación de los derechos fundamentales en el proceso penal. La práctica de determinados actos de investigación que puedan ser llevados a cabo en el seno de un proceso puede llegar a comprometer seriamente el ejercicio de los derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad, protección del domicilio o la inviolabilidad de las comunicaciones. Para todo ello, existe el requisito de proporcionalidad, ya que establece una ponderación sobre la medida que se va a tomar y el acto lesivo del derecho fundamental.

En opinión de FERNÁNDEZ NIETO, “la exposición, de modo resumido, del principio de proporcionalidad queda planteado a través de los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, respectivamente, en cuanto a que la evaluación de una medida restrictiva de los derechos fundamentales exige comprobar si ella contribuye a conseguir el objetivo propuesto; si no existe otra medida más moderada para la consecución del mismo propósito; y si la misma es equilibrada por derivarse de ella más ventajas o beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores constitucionales en conflicto”<sup>43</sup>.

La incidencia de los actos procesales, fundamentalmente a lo largo de la fase instructora, sobre los derechos fundamentales ocasiona que deba aplicarse la doctrina emanada del TC, según la cual no es suficiente que el acto de investigación, lesivo de un derecho fundamental, haya emanado de la Autoridad competente, sino que es también necesario,

---

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ NIETO, J. Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.

en primer lugar, que esté previsto en la Ley orgánica de desarrollo; en segundo, que objetivamente se justifique y, en tercero, que la resolución judicial que ordena la limitación del derecho fundamental esté minuciosamente motivada, de tal suerte que, en ella, se plasme el ineludible juicio de necesidad del que se desprende el sacrificio del derecho fundamental, objeto de la medida.

El requisito de proporcionalidad es clave en el momento de establecer la licitud sobre un caso en concreto que comporta la limitación de un derecho fundamental. A su vez, la proporcionalidad comporta las siguientes exigencias, la imputación de una medida concreta, la idoneidad de la medida, la proporcionalidad de medio a fin y la motivación de la resolución limitativa de derecho<sup>44</sup>.

En relación con la proporcionalidad se deben de valorar dos parámetros, la gravedad del hecho a investigar y la invasión que se va a realizar a los derechos fundamentales<sup>45</sup>.

Para avanzar más a fondo en el objeto del presente trabajo, van a ser necesarias las definiciones de necesidad e idoneidad. En lo que a idoneidad se refiere, la medida corporal acordada debe de ser la idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido, es decir, servir objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso o la participación en los mismos del imputado. Por otro lado, con necesidad lo que se viene a requerir es que la intervención corporal sea necesaria para llevar a cabo la finalidad del proceso y no existan otras medidas limitadoras o no de derechos fundamentales por las cuales se pueda llegar al mismo resultado, bien de una manera más eficaz, bien de una manera menos lesiva para el derecho fundamental del procesado. En definitiva, la medida que se vaya a realizar ha de ser necesaria e idónea para alcanzar la finalidad del proceso.

Así mismo, aunque no diga nada la constitución, de forma expresa, y por tratarse estas restricciones de derechos de medidas que han de surtir efectos en el proceso penal, en todo caso se ha de concurrir en ellas, además del elemento objetivo habilitante, flagrancia o consentimiento<sup>46</sup>.

Debe de existir una proporción entre la pena en expectativa y el tiempo o lapso de privación del derecho fundamental que vaya a ser cumplido por el imputado, obviamente, la irrupción en el derecho fundamental no podrá excederse del tiempo que se indique en la ley orgánica de desarrollo debido a que si se da ese caso nos encontraríamos ante una injerencia en el campo de los derechos fundamentales completamente desprovista de la cobertura legal necesaria.

---

<sup>44</sup>En este sentido ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal...* Op. Cit. p. 141.

<sup>45</sup> En este sentido GARCÍA BORREGO, J.A., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Dykinsa S.L., Madrid, 2007, p. 179.

<sup>46</sup>En este sentido ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho...* Op. Cit. p.140.

1- Por terrorismo se entiende como estrategia de relación política basada en el uso de la violencia y de la amenaza por un grupo organizado, con objeto de inducir un sentimiento de terror o de inseguridad extrema en una colectividad humana no beligerante y facilitar así el logro de sus demandas.

En palabras de BERNAL PULIDO, “la ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro”<sup>47</sup>.

La autoridad encargada de la investigación podrá acordar la averiguación de los hechos respetando los límites y las garantías de los derechos fundamentales, debiéndose siempre respetar las exigencias de este principio, fundamentalmente si el medio es adecuado al fin perseguido y no hay otro eficaz que fuera menos invasivo de la libertad del sospechoso.

Comprender el modo en que se aplica el examen de proporcionalidad es importante porque la decisión que se adopte en la materia incidirá inmediatamente en el disfrute de los derechos fundamentales. De este modo, una decisión judicial correcta autorizará la restricción de derechos fundamentales sólo cuando ello sea jurídicamente procedente. Una decisión judicial incorrecta, en cambio, restringirá indebidamente los derechos fundamentales, privando a su titular de su disfrute efectivo o de algún grado de ejercicio del mismo.

La infracción o vulneración de dicho principio ocasionará, no solo la violación del derecho fundamental, sino, y lo que es más importante, los correspondientes actos procesales para erigirse en un supuesto de valoración prohibida, a través del cual se infringe el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a un juicio con todas las garantías. Estos actos procesales se realizan dentro del mismo proceso y se erigen en un caso de prueba prohibida, no siendo por lo tanto necesario la apertura de otro proceso.

Hemos de destacar la importancia del requisito de proporcionalidad en relación con el de legalidad. En principio podría pensarse que el principio de legalidad es ajeno al examen de proporcionalidad, pero debe considerarse que es su primer presupuesto. Para que una medida sea enjuiciada tendrá que devenir como inconstitucional y ejercitarse las acciones correspondientes. En caso contrario el principio de proporcionalidad asume una función perversa al servir como excusa para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales desprovistas de cobertura legal. Con ello el principio de proporcionalidad invierte su papel y se convierte en coartada para la quiebra del Estado de Derecho y la arbitrariedad<sup>48</sup>.

Toda limitación estatal en el ámbito de los derechos fundamentales, para ser constitucionalmente admisible tiene que responder a una finalidad legítima, ya que, en caso contrario, estaríamos únicamente ante medidas injustificables que encuentran su

---

<sup>47</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

<sup>48</sup> En este sentido GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO N., “El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español”, Cuadernos de Derecho Público nº 5., Septiembre-Diciembre, 1998, p.191.

fundamento en la protección de intereses públicos. Su fin ha de ser el de tutelar bienes constitucionalmente protegibles y socialmente relevantes.

La aplicación y competencia del principio de proporcionalidad es el del enjuiciamiento de la constitucionalidad de los medios, pero previamente es preciso determinar cuál es el fin perseguido por la injerencia, pues si dicho fin es ilegítimo o irrelevante la medida habrá de reputarse de antemano inadmisibles por ser absolutamente arbitraria<sup>49</sup>.

Una vez definido el requisito de proporcionalidad y las consecuencias que derivan tanto de su uso como de su no utilización dentro del proceso penal, pasaremos a determinar los requisitos que se han de establecer para que se cumplan con las exigencias de la proporcionalidad. En específico, para una adecuada utilización de la proporcionalidad es necesario que hay una imputación concreta y por ende que exista un proceso abierto, además puesto que nos encontramos en la esfera de los derechos fundamentales la medida que se adopte ha de ser idónea para el descubrimiento de la verdad. También ha de existir proporcionalidad de medio a fin y por último debe de haber una motivación en la resolución que le permita al sujeto pasivo del proceso saber cuáles van a ser los motivos de su culpabilidad o inocencia.

### **1.2.3.1. EXISTENCIA DE UNA IMPUTACION CONCRETA.**

Como requisito para que la limitación de un derecho fundamental se considere proporcionada debe de existir un proceso penal abierto y una imputación concreta contra el sujeto pasivo del proceso. Cuando se vaya a realizar una restricción de los derechos del sujeto procesado va a ser necesario que, en primer lugar, haya un proceso abierto contra el mismo, pues solo en el seno de un proceso se podrá establecer la correspondiente limitación del derecho fundamental, y segundo que se haya una imputación concreta contra el sujeto pasivo del proceso y a través de la imputación se acusará al sujeto pasivo en un proceso frente a un juez. El hecho por el cual existe una imputación concreta hacia el sujeto se debe a que ha realizado una acción que constituye delito y esa acción ha creado un riesgo dañoso que además el riesgo se ha vuelto real debido a la acción. En toda restricción con fines penales se exige la concurrencia de una concreta y determinada imputación contra el sujeto pasivo del proceso.

Junto a lo anterior establecido, no se ha de dar por sentado que cualquier sospecha va a ser suficiente para la aplicación de las medidas de restricción, es necesario que conste una sospecha delictiva concreta y determinada con la concurrente finalidad de evitar las investigaciones generales.

Hay ciertas ocasiones en las cuales no se puede versar sobre una sospecha concreta, basta con que las sospechas sean fundadas. “En todo caso, esta regla no es de aplicación en los supuestos de delitos de peligro concreto en los cuales, y por su especial naturaleza, la restricción no puede ejercerse sobre una sospecha concreta, pues basta aquí con que se

---

<sup>49</sup> En este sentido GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El principio de proporcionalidad...”, Op. Cit. p.193.

establezcan indicios de que se está cometiendo un hecho delictivo. El ejemplo más típico son los controles de alcoholemia<sup>50</sup>.

Para finalizar y tras haber definido los conceptos de legalidad y jurisdiccionalidad, destacar que el requisito de la proporcionalidad recoge unas determinadas exigencias tales como la imputación de una medida concreta, la idoneidad de la medida, la proporcionalidad de principio a fin y la motivación de la resolución limitativa de derecho. En definitiva, en toda injerencia o restricción con fines penales se exige que concurra de una determinada imputación frente al sujeto pasivo del proceso. Situación la cual no va a darse siempre debido a que en las situaciones en las que haya peligro abstracto no puede supeditarse sobre una sospecha en concreto debido a su especial naturaleza.

### **1.2.3.2. IDONEIDAD DE LA MEDIDA.**

Una vez establecida la apertura de un proceso que vaya a determinar la imputación que se le ha establecido al sujeto pasivo del mismo, siendo necesaria que la imputación sea concreta y no verse sobre rasgos generales, las medidas que vayan a ser adoptadas deben de ser idóneas para la resolución del conflicto. Toda medida limitativa de derechos fundamentales ha de ser idónea para descubrir el delito perseguido. Ello es así debido a que no se deberá de establecer una medida más onerosa que la pena que se derivaría en caso de obtener una sentencia negativa. Si no fuera así, la restricción que se hace sobre la esfera de los derechos fundamentales se convertiría en una simple y mera sanción autónoma que carece de la cobertura legal necesaria para su correcto desarrollo.

La regla de idoneidad evalúa la constitucionalidad de una medida que afecta el disfrute de derechos fundamentales en dos sentidos. Por una parte, analiza si la medida o su finalidad son legítimas, puesto que la finalidad de la medida no puede ser desproporcionada al resultado que se obtendría de una sentencia negativa. Por otra parte, analiza si la medida es adecuada para promover esa finalidad, por ello, deberá de analizar una doble vertiente, sobre la legitimación de la medida por un lado y sobre su adecuación. Es un requisito que, podríamos decir, prohíbe el exceso y encuentra cuerpo legislativo constitucional. En su esencia exige que las injerencias que se vayan a realizar sean las más adecuadas según el caso concreto, es decir, obliga a que la medida que se pretende llevar a cabo, sea adecuada para la consecución de los fines propuestos. Busca que los medios de convicción que se pretendan alegar al proceso resulten eficaces para adquirir el conocimiento y el convencimiento necesario.

Sólo si la medida es admisible en estos dos sentidos se podrá afirmar que se ha cumplido con la regla de la idoneidad. Considerando la primera vertiente, una medida o su finalidad son legítimas si no están constitucionalmente prohibidas y, además, si la medida cuenta con amparo y desarrollo constitucional en una ley orgánica. “Una medida restrictiva de derechos fundamentales o su finalidad pueden estar prohibidas constitucionalmente de

---

<sup>50</sup> ASENSIO MELLADO, J.M., Derecho... Op. Cit p.141.

manera definitiva o *prima facie*. La prohibición es absoluta si no admite excepción alguna. La prohibición es *prima facie* si es de carácter general, de modo que admite excepciones, porque el medio o la finalidad pugnan con normas constitucionales que bajo ciertas condiciones pueden ser contravenidas<sup>51</sup>”.

La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin. Este principio implica que toda injerencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo<sup>52</sup>

Toda medida que ostente limitación de derechos ha de ser idónea para descubrir el delito perseguido, no se habrá de tomar medidas generales o que se fundamenten en sospechas o previsiones. La infracción de este requisito de la idoneidad conllevará a una infracción total del principio de proporcionalidad ya que, de haber algún tipo de incidencia procesal en el tema de limitación de los derechos fundamentales que no sea específicamente necesaria para el descubrimiento de la verdad, ocasionará con carácter material la violación de dicho derecho fundamental sin la correspondiente cobertura legal necesaria.

En cuanto a las características de la idoneidad se podría establecer que se traduce en dos exigencias, de un lado la excepcionalidad y de otro la necesidad, que, a su vez, implican determinadas obligaciones. De un lado la de acudir siempre, en el ámbito de la investigación, a aquellas medidas que resulten menos gravosas para la investigación del delito, siempre que estas sean igualmente útiles a dichos efectos. Por otro lado, que la falta de adopción de la medida restrictiva de los derechos dificulte gravemente la investigación y no sea posible, sin la adopción de la limitación, llegar al mismo resultado utilizando otras medidas menos gravosas para el sujeto<sup>53</sup>.

Hecho necesario pues es el de definir de una manera adecuada los conceptos de excepcionalidad y necesidad. Desde una primera vertiente, la necesidad evalúa la licitud y la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales en dos niveles. En primer lugar, se debe determinar si la medida sometida a control es la que ostenta mayor idoneidad para favorecer la finalidad pretendida con su aplicación, es decir, que la medida que se vaya a aplicar sea la más adecuada para alcanzar los fines del proceso y no haya otra menos lesiva que produzca los mismos o mejores resultados. En segundo lugar, se debe analizar si dicha medida es la que implica una menor afectación en los derechos fundamentales. Si la medida es la única idónea y si es la que menos afecta los derechos fundamentales será la adecuada para su establecimiento en el proceso, pues

---

<sup>51</sup> DÍAZ GARCÍA, I., “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n.36 Valparaíso ago. 2011, disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000100005>.

<sup>52</sup> En este sentido Sentencia 45/2004 de 23 de marzo.

<sup>53</sup> En este sentido ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal...* Op. Cit. p. 141.



no se alcanzarían los mismos resultados mediante la aplicación de medidas menos restrictivas o lesivas<sup>54</sup>.

Sobre todo lo anterior y a modo de resumen, establece de manera acertada GIMENO SENDRA que “las medidas limitadoras habrán de ser necesarias para conseguir el fin perseguido por el acto de investigación. Fin o interés que habrá de estar constitucionalmente protegido, siendo indispensable la práctica del acto limitativo del derecho fundamental para alcanzar dicha finalidad constitucionalmente protegida”<sup>55</sup>.

La medida sometida a control es necesaria si es la más idónea. Esto significa que no existen alternativas al menos igualmente eficaces para favorecer los fines perseguidos con su imposición. Además de lo anterior, la medida sometida a control es técnicamente necesaria si es la que conlleva una menor injerencia en el disfrute de los derechos fundamentales. Para llegar hasta este punto habrá que plantearse el problema y sus posibles soluciones, y, si esa medida es la menos gravosa de los derechos fundamentales y te permite alcanzar el fin deseado, realizarla.

Una vez definido el concepto de necesidad, habrá que desarrollar el concepto de excepcionalidad entendiendo el mismo como una característica esencial de las medidas que recaen sobre acciones personales y que implican una limitación o una restricción de la libertad del individuo. Dichas medidas van encaminadas a asegurar el resultado del juicio y por lo tanto, a asegurar que se realiza de una manera adecuada el *ius puniendi* del Estado. La medida limitadora de derecho fundamental que vaya a ser establecida debe configurarse como medida excepcional ya que derivado de la presunción de inocencia se debe de reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso. La excepcionalidad impone un criterio restrictivo en el sentido más favorable al derecho fundamental, en definitiva, establece que la medida ha de ser excepcional y a su vez ha de ser restringido el derecho en el sentido más favorable.

La finalidad perseguida por el acto instructorio y que va a derivar en la lesión o vulneración de un derecho fundamental no ha de poder alcanzarse, sino se adopta las medidas desarrolladas en dicho acto y no con otro igualmente eficaz que no conlleve una restricción del derecho fundamental, o no debe poderse comprobar *ex post* que el mismo objetivo hubiera podido alcanzarse con un medio no o menos restrictivo del derecho fundamental<sup>56</sup>.

Tanto la existencia de una imputación concreta como la idoneidad de la medida conforman requisitos indispensables que han de observarse para que este principio de proporcionalidad se considere aplicado de una manera adecuada. Es necesario que exista una sospecha delictiva hacia el sujeto el cual va a ser acusado por la misma, esta medida solo se ha de usar en los casos en los cuales no se pueda llegar a los mismos resultados utilizando otro tipo de medidas, puesto que las medidas que se vayan a llevar a cabo en

---

<sup>54</sup> En este sentido DÍAZ GARCÍA, I., “La aplicación...” Op. Cit. p. 171.

<sup>55</sup> GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal penal...*Op. Cit. p. 58

<sup>56</sup> En este sentido GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal penal...*Op. Cit. p. 58.

el proceso penal han de ser las más idóneas para alcanzar la finalidad del proceso, la justicia.

### **1.2.3.3. PROPORCIONALIDAD DE MEDIO A FIN.**

Una vez establecidas las exigencias de la imputación de una medida concreta y de la idoneidad de la medida, la tercera de las exigencias que se habrá de desarrollar dentro del principio de proporcionalidad es la proporcionalidad de principio a fin. Esta exigencia comporta la necesidad de que deba existir una proporcionalidad entre la medida que va a ser llevada a cabo y su incidencia en los derechos de la persona y la gravedad del delito investigado. En consecuencia, debe haber un justo equilibrio entre la medida que se aplicará y la gravedad del delito cometido, siendo por lo tanto inconstitucional la limitación de un derecho en forma desproporcionada en relación con el delito que se persigue<sup>57</sup>. Ha de existir proporcionalidad entre la medida adoptada y su incidencia en los derechos de la persona y la gravedad del delito investigado, de suerte que nunca puede ser limitado un derecho en forma desproporcionada en relación con el delito perseguido.

No cabe según lo desarrollado con anterioridad las medidas en las cuales se aplican unas sanciones desproporcionadas en virtud al hecho cometido, entiende por lo tanto que ha de existir una adecuación o congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración del derecho fundamental puesto que es un bien constitucionalmente relevante<sup>58</sup>. Siempre ha de procurar que no se incida en dicho derecho de una manera desproporcionada. El juicio de proporcionalidad, en fin, supone, una atemperación entre gravedad de la intromisión y del delito investigado, de manera que jamás puede autorizarse una restricción de derechos en supuestos de investigaciones delictivas de escasa gravedad o repercusión social.

Por todo lo anteriormente establecido, en sentido estricto, estaríamos hablando de la proporcionalidad como una técnica de ponderación, en la que se entra a valorar tanto el daño causado por el hecho como la pena que se va a imponer debido al acto delictivo.

Se pretende proteger los derechos fundamentales que se encuentran en pugna y por lo tanto se habrá de decidir entre las medidas limitadoras del derecho fundamental a imponer en virtud al delito cometido, cuya finalidad pues es la de no actuar imponiendo una medida desproporcionada.

Pero como hemos determinado, no siempre va a existir una adecuada ponderación entre el conflicto de intereses, ya que, ciertamente, en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; “en ocasiones tal equilibrio, que implica un sacrificio parcial y compartido, se muestra imposible y entonces la ponderación desemboca en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto

---

<sup>57</sup> En este sentido ASECIO MELLADO, J.M., Derecho procesal...Op. Cit. p. 142.

<sup>58</sup>En este sentido GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal penal...Op. Cit. p. 58.

o de la validez: en principio han de ser todos del mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente se impondría el de más valor”<sup>59</sup>.

Como finalidad de analizar en profundidad la proporcionalidad, el TC plantea una metodología que conlleva tres criterios, que la comparación de medio y fin sea adecuada y siempre protectora de los derechos fundamentales, que cuanto mayor sea la importancia del derecho protegido más justificada estará la limitación y cuanto más se afecte a los derechos fundamentales una intervención, más cuidadosa sea.

“Un primer criterio, que la comparación entre medios y fines debe orientarse a determinar la intensidad de la limitación, para que, cuanto mayor sea la limitación, más importantes deban ser los intereses generales que la regulación proteja. Un segundo criterio, que cuanto mayor sea la importancia o jerarquía de los intereses perseguidos por la regulación, mejor podrán justificar una limitación en los derechos fundamentales. Y como tercer criterio, que cuanto más afecte una intervención a los derechos fundamentales, deban ser más cuidadosamente tenidas en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la medida legislativa restrictiva<sup>60</sup>”.

#### **1.2.3.4. MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN.**

A modo de resumen de lo anteriormente establecido se llega a la conclusión de que para que el examen de proporcionalidad sea aplicado adecuadamente, se deben de cumplir sus exigencias. Debe de haber una idoneidad de la medida por la cual se alcance el resultado más beneficioso, existir una imputación concreta, pues nadie va a poder ser procesado por un delito que nunca ha cometido y el medio tomado para alcanzar el fin ha de ser proporcional al delito cometido y no ser desproporcionado y por lo tanto ilícito. Llegamos pues a la última de las exigencias que abarca el requisito de proporcionalidad, en específico me refiero a la motivación que deberá de exteriorizarse en la resolución. La motivación de una resolución judicial constituye el deber de fundamentación y exteriorización de la razón de la decisión. Implica, por tanto, una explicación y argumentación de lo que se resuelve en la misma. A rasgos generales, obliga a jueces y magistrados a dar a conocer las razones de su decisión adoptada y demostrar que la misma no ha sido fruto de la arbitrariedad, sino consecuencia de un análisis minucioso y racional del caso en concreto limitador de un derecho fundamental.

La motivación, considerada expresamente por el artículo 120.3 de la CE como un requisito de las sentencias representa, según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, una exigencia constitucional extensiva ordinariamente a las resoluciones judiciales. Lógicamente, y en tanto los requisitos anteriormente señalados han de ser de obligado cumplimiento, los mismos han de ser expresamente recogidos y analizados en

---

<sup>59</sup> PRIETO SANCHÍS, L., “El juicio de ponderación”. Revista de Derecho público, 27 de noviembre, 2010, pp. 93-94. Disponible en <https://derechopublicomd.blogspot.com.es/2010/11/el-juicio-de-ponderacion-constitucional.html>.

<sup>60</sup> STC 30/2004 de 4 de marzo.

la resolución que limite el derecho fundamental, por lo que, en cualquier caso de restricción de derechos fundamentales, ha de motivarse su adopción y las razones que aconsejan su acuerdo.

Es oportuno evidenciar que el Tribunal Constitucional a través de la sentencia STC 24 de julio de 1981, “ha considerado siempre el derecho a obtener una resolución de fondo motivada en Derecho, como un elemento característico de la tutela efectiva”<sup>61</sup>. En este sentido, cabe recordar la STC 36/2006, de 13 de febrero, “por la que la motivación de las sentencias es, a la vez, una obligación constitucional para los jueces y, al mismo tiempo, un derecho fundamental de quienes intervienen en el proceso”<sup>62</sup>. En este sentido, la motivación sirve para demostrar que el fallo representa una decisión razonada en términos jurídicos y no un simple y arbitrario acto de voluntad de quien está llamado a juzgar.

Se posiciona como una exigencia o un derecho que posee el procesado de conocer las razones de la posición judicial y, por consiguiente, si la limitación del derecho fundamental del procesado se ha llevado a cabo por una adecuada aplicación del derecho o, por el contrario, un abuso del mismo. Debe responder a todas las cuestiones y pretensiones que hayan sido vistas en el proceso. No se debe confundir con la congruencia, pues esta misma “hace referencia a la concordancia entre la petición del suplico y la concedida en la sentencia”<sup>63</sup>.

La adecuada motivación, permite que las partes conozcan la razón de la decisión, e igualmente, que exista un adecuado control de las resoluciones judiciales a través de los pertinentes recursos, de forma que un Tribunal superior pueda controlar la correcta aplicación del Derecho.

Tal y como sostiene el TS en su sentencia de 4 de noviembre de 2002 “la motivación sólo puede entenderse cumplida, cuando se exponen las razones que motivan la resolución y esa exposición permite a la parte afectada conocer esas razones o motivos a fin de poder cuestionarlas o desvirtuarlas en el oportuno recurso, es decir, permitir que la parte conozca las razones fácticas y jurídicas sobre las que se asienta el fallo y hacer posible la adecuada revisión de éste a través del recurso”<sup>64</sup>.

La finalidad de la motivación es la que hace de enlace con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que es la de evitar que se produzca la indefensión que se establecería cuando el órgano jurisdiccional, bien rechace o bien acepten una petición, y la parte afectada no sabe cuáles son los motivos que han llevado a dicho órgano a llegar a esa decisión. En este sentido se pronuncia el TS en la sentencia 1710/2000 que “tiene como finalidad de esa motivación evitar la indefensión que se ocasionaría cuando el

---

<sup>61</sup> STC 24/1981 de 4 de julio.

<sup>62</sup> STC 36/2006 de 13 de febrero.

<sup>63</sup> FERNÁNDEZ VILLAZALA, T., (Coord. GARCÍA BORREGO J.A.) *Introducción al...* Op. Cit. p. 73.

<sup>64</sup> STC 3912/1998 de 4 de noviembre.

órgano jurisdiccional deniega o acepta una petición y la parte afectada no sabe cuál ha sido la razón de su estimación o denegación<sup>65</sup>”.

Y, en sentido contrario, no hay motivación cuando en la decisión judicial no existe el proceso lógico que partiendo de las diligencias practicadas o datos fácticos contrastados permitan dar acreditada una realidad sobre la que actuar como factible. La motivación se constituye en una garantía esencial para el sujeto mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad.

Para la válida limitación de los derechos fundamentales la motivación es un requisito indispensable que ha de ser cumplido. A su vez, la motivación como requisito esencial cumple con la finalidad de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos<sup>66</sup>.

No basta con que haya solo motivación, sino que ha de ser una motivación suficiente. Por motivación suficiente hemos de entender, cualitativamente hablando, que las razones que avalan la sentencia han de ser suficientes para llegar al fallo o a las conclusiones tomadas por el órgano jurisdiccional. Así mismo se pronuncia el TS en la sentencia 33/2009 de 26 de marzo, en la cual se establece que “determinada la existencia de motivación en la resolución judicial es preciso determinar si esa motivación es suficiente. La suficiencia se establece cuando en la sentencia, en términos cualitativos, se pone de manifiesto las razones que avalan la conclusión estimatoria que expresa en el fallo. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva únicamente se satisface si la resolución judicial contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión<sup>67</sup>”.

Igualmente una resolución se entiende que no está suficientemente motivada a pesar de su extensión cuando carece de las explicaciones lógicas y fundamentaciones jurídicas de la decisión adoptada, o, aun cuando las poseyera son generales aplicables a cualquier caso y no al caso concreto que limita el derecho fundamental. En definitiva, la minuciosa sentencia que establezca una limitación de un derecho fundamental en pos de la realización de un delito cometido, debe de versar sus argumentos con la correspondiente y adecuada motivación de ese caso en concreto. Este requisito se fundamenta en la necesidad de conocer el razonamiento jurídico que ha llevado al fallo y, por consiguiente, la aplicación del derecho, permitiendo el más completo ejercicio del mismo. Por el contrario, no podrá justificarse sobre criterios generales, sino que requiere de su aplicación a cada caso en concreto<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> STC 1710/2000 de 26 de septiembre.

<sup>66</sup> STC 33/2009 de 26 de marzo.

<sup>67</sup> STC 33/2009 de 26 de marzo.

<sup>68</sup> En este sentido CHUMILLAS MOYA, M., “Motivación de las resoluciones judiciales” Revista Internauta de Práctica Jurídica núm. 10, julio-diciembre, 2002. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=297419>.

A su vez, existen una multitud de autos que deben ser especialmente motivados debido a que su contenido afecta a un derecho fundamental, véase por ejemplo el auto de prisión provisional o el de entrada y registro.

#### **1.2.4. GARANTÍAS EN LA EJECUCIÓN DE LA RESTRICCIÓN.**

Toda limitación de derechos fundamentales, en fin y para evitar una injerencia inadmisibles o que pudiera resultar gravosa para el imputado, debe estar condicionada a la verificación de determinadas condiciones que la hagan fiable en orden a la obtención de sus resultados y que eviten causar daños que resulten innecesarios.

Las garantías constitucionales del proceso se extienden a la investigación penal, entendida, sobre la base del artículo 299 de la LECrim, como el conjunto de diligencias practicadas por las autoridades competentes con objeto de lograr el esclarecimiento de unos hechos que revisten los caracteres de delito y de las circunstancias en que se produjeron, y el aseguramiento de los derechos de la persona que aparezca como responsable de los mismos. El debido proceso es un conjunto de garantías procesales que tienen por objeto asistir a los individuos durante el desarrollo del proceso, y así protegerlos de los abusos de las autoridades y permitirles la defensa de sus derechos.

En este sentido concurre también la necesidad de observar los postulados que derivan de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza, tanto en relación con la defensa del imputado como, en general, los estrictamente personales de quienes se ven implicados en la investigación penal y conciernen a su integridad física y moral, libertad individual, intimidad, inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones, arts. 15, 17 y 18 CE.

Cuando se persigue una conducta delictiva el proceso se configura como el instrumento imprescindible de actuación del derecho. Además, en el modelo de enjuiciamiento criminal se deberá proteger los principios de respeto y salvaguarda de los derechos básicos. La ley exige que en los casos sobre los que se incide sobre derecho fundamental, la acción se practique en la forma en que menos perjudique al detenido en su persona y patrimonio. Derivado de lo anterior, el fiscal no podrá ostentar un interés subjetivo en el proceso<sup>69</sup>.

Así pues, en el caso de que se invada el derecho de imagen, y obtener identificación del sujeto delictivo mediante grabación de los hechos se habrá de tener en cuenta que no se habrá vulnerado intimidad o dignidad de las personas. Esta limitación está admitida por la jurisprudencia para garantizar el valor probatorio y no permitir manipulaciones de imágenes o grabaciones.

---

<sup>69</sup> En este sentido MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 42-43.

En este sentido la sentencia del TS 89/1997 de 5 de mayo establece que la validez obtenida en los actos de investigación no vulnera derechos esenciales a la persona afectada por la filmación llevada a cabo previa autorización judicial, además de la fundada suposición de que existe un hecho delictivo. La restricción ha de establecerse con total veracidad de los hechos, por ello las pruebas obtenidas a raíz de las medidas utilizadas no han de dan posibilidad a error como por ejemplo los aparatos usados en controles de alcoholemia o grabación de imágenes.

Por todo ello y con el fin de evitar restricciones indebidas de los derechos fundamentales se deberá de proceder a una serie de actos o garantías depende de la concreta situación en la que nos encontremos. Véase por ejemplo en los casos de muerte, en los que se deberá de proceder a la autopsia del cadáver realizada por personal cualificado para ello con el fin de garantizar la adecuada restricción en la ejecución de limitación de los derechos fundamentales.

En las situaciones que sea necesaria la adopción de una medida limitativa de derecho fundamental, por ejemplo en los casos de alcoholemia en las cuales el acusado ha cometido un delito de conducción bajo los efectos el alcohol, se deberá de proceder a las medidas adecuadas que nos permitan obtener la prueba sin lugar a error, es decir, las pruebas deberán de ser llevadas a cabo por los aparatos correspondientes, o, a petición del sujeto, análisis en sangre u orina en un centro médico. Además de las garantías ofrecidas por el Estado podrá el detenido procurar las comodidades u ocupaciones que no sean incompatibles con el objeto de su detención<sup>70</sup>.

De las garantías del debido proceso forma parte también la observancia de principios procesales constitucionalizados, como son: el principio acusatorio, de contradicción, igualdad, oralidad e inmediación. Con carácter general, el Tribunal Constitucional ha resaltado la importancia de los principios generales del proceso, señalando que la propia tutela judicial efectiva supone el cumplimiento por los Tribunales de los principios rectores del proceso, explícitos o implícitos en el ordenamiento procesal, que no es un simple conjunto de trámites, sino un ajustado sistema de garantías para las partes.

En definitiva, las garantías de la oralidad, la contradicción, la inmediación y la publicidad derivan del derecho a la presunción de inocencia, y son garantías que deben de establecerse dentro del proceso penal para que sea llevada a cabo una adecuada limitación de los derechos fundamentales.

#### **1.2.4.1. ORALIDAD, CONTRADICCIÓN, INMEDIACIÓN, PUBLICIDAD.**

Tanto la oralidad, la contradicción, la inmediación y la publicidad son garantías que derivan del derecho a la presunción de inocencia. Derivada de la anterior definición, el derecho de presunción de inocencia corresponde a todo imputado en un proceso penal a ser tratado como si fuese inocente, hasta que una sentencia firme establezca su condena,

---

<sup>70</sup> En este sentido MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal...* Op. Cit. p. 278.

es decir, hasta que se demuestre lo contrario. El principio de presunción de inocencia constituye uno de los pilares básicos del sistema penal de los Estados democráticos pues no se habrá de especular sobre datos o pruebas ficticias o fácticas y basándose en ella condenar a alguien por un delito que no ha cometido, pues siempre que se condene ha de estarse completamente seguro de que las pruebas obtenidas poseen completa veracidad.

Llegados a este punto trabajo es necesario definir el concepto de presunción de inocencia, según DE ROMÁN DÍEZ “El derecho de presunción de inocencia corresponde a todo imputado en un proceso penal a ser tratado como si fuese inocente, hasta que una sentencia firme establezca su condena. Dicho derecho constituye uno de los pilares básicos del sistema penal de los Estados democráticos, recogido en distintos instrumentos internacionales”<sup>71</sup>. En nuestro derecho se encuentra expresamente recogido en la Constitución Española en el artículo 24.2. La presunción de inocencia está, como ya se ha dicho, también reconocida en distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 cuando establece que: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”.

Señala la sentencia del Tribunal Constitucional 137/88 de 7 de julio y se ha reiterado en numerosas resoluciones, que “la presunción de inocencia ocasiona un desplazamiento de la carga de la prueba a las partes acusadoras a quienes incumbe exclusivamente probar los hechos constitutivos de la pretensión penal, debiendo ser suficiente para generar en el juzgador la prueba de la existencia un hecho punible y de la responsabilidad penal que haya tenido en él el acusado, así como sustentarse la actividad probatoria en auténticos medios de prueba obtenidos con respeto a los derechos fundamentales y practicados en el juicio oral bajo los principios de igualdad, contradicción, intermediación y publicidad, exceptuándose los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, siempre que se observe el de un cumplimiento de determinados requisitos materiales”<sup>72</sup>.

Según nuestro TC a través de su Sentencia 128/1995 de 26 de julio, establece que “opera en el seno del proceso como una regla de juicio, pero constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo. Como regla de tratamiento, determina que el imputado ha de ser tratado como si fuese inocente, hasta que una condena definitiva no demuestre lo contrario está presente en el proceso penal a lo largo de todas sus instancias”<sup>73</sup>.

Refiriéndonos a la primera de las garantías que se ha de respetar, la oralidad supone la realización de un proceso donde los actos procesales se realizan preferentemente de manera oral. La oralidad constituye una garantía en lo procedimental, entiéndase un

---

<sup>71</sup> DE ROMÁN DÍEZ. R., “El derecho fundamental de presunción de inocencia. Carga de la prueba”, 25 de marzo de 2013, consultado el 6 de abril a las 13:03. Disponible en <http://www.abogadoscarranza.com/content/el-derecho-fundamental-de-presunci%C3%B3n-de-inocencia-carga-de-la-prueba>.

<sup>72</sup> Sentencia 137/88 de 7 de julio.

<sup>73</sup> Sentencia 128/1995 de 26 de julio.



instrumento oportuno para objetivar un mejor desarrollo del proceso judicial, es decir, en la medida en que, por ejemplo, permite una objetiva contradicción entre los sujetos procesales y a la vez una apreciación privilegiada y directa por parte del administrador de justicia, del juez. La sola utilización del lenguaje oral permite la participación simultánea de los involucrados en las distintas diligencias que permiten la consecución de un proceso<sup>74</sup>.

En materia criminal, y en específico en el seno de un proceso en el cual se limite un derecho fundamental, el art. 229 de la LOPJ establece en este sentido que las actuaciones judiciales serán predominantemente orales<sup>75</sup>. Cuando la sentencia se basa en los hechos introducidos verbalmente en el juicio, una vez sabido el alcance de los daños realizado por el procesado se podrá determinar el fallo por el cual se limitará el derecho fundamental.

Los beneficios de la oralidad en el seno de un proceso se reconducen a la idea de rapidez, su factor temporal en la resolución del juicio, pues el mismo se encamina, o prepara, para que su duración no sea excesivamente larga. En este sentido y en relación con los derechos fundamentales, en el caso de la prisión preventiva, la oralidad permite como esencia misma del procedimiento, que se aporte con la veracidad necesaria para conseguir la convicción del administrador de justicia para conceder o negar la prisión preventiva, lo que implica la vinculación directa entre el juez y las partes. Por ello la oralidad es una garantía que se le establece al sujeto pasivo del proceso para que se resuelva su situación, ya sea positiva o negativamente, debido a que se está realizando una injerencia en los derechos fundamentales del mismo y esta situación no puede verse alargada de forma indefinida, se deberá de proceder con la mayor rapidez posible.

Una vez definido el concepto de oralidad, hecho necesario es el de definir el de contradicción. Analizando la contradicción en el proceso viene a decir que ambas partes puedan tener los mismos derechos de ser escuchados y de practicar pruebas, con la finalidad de que ninguna de las partes se encuentre indefensa frente a la otra. Requiere de una igualdad, es una exigencia. En el mismo orden de ideas es entendible que una prueba que no se valore por las partes procesales, es decir, que sea actuada por una sola y no analizada por el resto carecerá de confianza y legitimidad ante el juzgador. Así lo desarrolla de una manera adecuada el art. 739 de la LECrim., estableciendo que “este principio rige plenamente en la fase de juicio oral, en el que las partes tienen sus turnos de intervención, las actuaciones son públicas e incluso se permite al acusado pronunciar la última palabra”.

Según MONTERO AROCA, “la contradicción tiene plena virtualidad cuando se le considera como un mandato dirigido por el legislador constitucional al legislador ordinario para que éste regule el proceso partiendo de la base de que las partes han de

---

<sup>74</sup> En este sentido CORREA, W., “La oralidad en el proceso”, Derecho y Perspectiva, enero, 2016. Disponible en <http://derechoyperspectiva.es/la-oralidad-en-el-proceso-civil/>.

<sup>75</sup> En este sentido FERNÁNDEZ VILLAZALA, T., (coord. GARCÍA BORREGO J.A.) *Introducción al...* Op. Cit. p. 71.

disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano jurisdiccional”<sup>76</sup>.

En su esencia viene a determinar en el caso en el cual nos encontremos ante un proceso de limitación de un derecho fundamental, ambas partes ostentarán la posibilidad de hacer valer sus respectivas pretensiones y materializarlas en el seno del proceso, en los tribunales. Son, a su vez, actos que se ejercitan para que las partes puedan argumentar sobre las pruebas obtenidas y no se proceda a una sentencia indebida sin haber escuchado al sujeto pasivo del proceso. En el proceso penal, se le obliga al acusado a estar presente en los actos de investigación para que de ella no se derive indefensión. La inobservancia de dicha garantía desemboca en la nulidad del trámite, a fin de ejercitar los derechos de acción y defensa. Nos encontramos por lo tanto ante una garantía del derecho del acusado, que a su vez, deriva en el derecho a la última palabra, derecho por el cual se podrán confesar los hechos o discrepar o completar su defensa, pues nadie ha de ser juzgado sin ser oído.

La contradicción implica la necesidad de una dualidad de partes que sostienen posiciones jurídicas opuestas entre sí, de manera que el tribunal encargado de instruir el caso y dictar sentencia no ocupa ninguna postura, limitándose a juzgar de manera imparcial acorde a las pretensiones y alegaciones de las partes.

Una vez establecidos los conceptos de oralidad y contradicción, es necesario establecer la garantía de inmediación, derivada de la misma los sujetos reciben de forma inmediata, continua y concurrente los elementos de prueba provenientes de los diferentes medios como presupuestos lógicos de la fundamentación de la sentencia.

Según YAÑEZ VELASCO, se establece que “la inmediación viene a determinar que para la prueba testifical se ha denominado precondition valorativa, exige el examen directo y personal de los acusados y testigos, sin el cual no puede un tribunal superior colocarse en la posición del juez de primer grado jurisdiccional. Y ello no sólo es útil para el mantenimiento de una absolución, sino también para el del fallo condenatorio”<sup>77</sup>.

La obligación del juez, en su calidad de administrador de justicia es la de acercarse lo máximo posible al centro del problema y conociendo las pruebas dejando de lado cualquier elemento externo que interfiera con su interpretación.

La garantía de inmediación exige que los actos procesales probatorios que inciden en un proceso en el cual existe limitación de un derecho fundamental, sean practicados en presencia directa de un tribunal, así mismo, las partes también serán protagonistas de los actos. Al juez en este sentido se le exige que personalmente pregunte al acusado acerca

---

<sup>76</sup> MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>.

<sup>77</sup> YAÑEZ VELASCO, R., “El principio de inmediación y el derecho al recurso en el proceso penal”, Vlex información jurídica inteligente, pp. 579-598, consultado el 10-4-2018 a las 10:04. Disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/principio-derecho-recurso-proceso-penal-481094622>.

de la eventual conformidad de los actos, en este sentido la limitación establecida en la propia sentencia no se ha de demorar. El juzgador y las partes han de estar en la forma más directa posible en relación con las fuentes de prueba.

En este sentido, la presencia judicial asegura la oralidad, pues la asistencia personal del tribunal en las actuaciones orales impide que lleguen a su conocimiento sólo a través de la escritura, propiciando una relación directa con las partes, las pruebas y el objeto del proceso<sup>78</sup>.

La inmediación es una garantía que se le establece al procesado para que esté presente en todo momento y en relación directa con las pruebas y el juez, lo que le permite valorar y formar su convicción y su no personificación durante el desarrollo del proceso nos conduciría a una restricción indebida del derecho fundamental, pues se debe de dar la oportunidad al sujeto pasivo del proceso de ser auditor directo de los actos practicados.

Una vez establecidos los principios de oralidad, inmediación, contradicción, para seguir avanzando de manera adecuada con el objeto del presente trabajo, se ha de establecer una definición adecuada de la garantía de publicidad. En cuanto a esta garantía, hace posible el socializar las actuaciones de la justicia con sus participantes, se destaca por la imposibilidad de que se den actuaciones o diligencias ocultas que puedan llevar al desconocimiento o a la indefensión por parte de alguna de las partes del proceso.

Conforme ha afirmado el Tribunal Constitucional en su STC 96/1987 de 10 de junio, "la publicidad del proceso es una garantía que tiene una doble finalidad: Por un lado, proteger a las partes de una justicia substraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho"<sup>79</sup>.

Así la publicidad permite que a través de ella se pueda probar o desvirtuar cualquier prueba o elemento importante para el proceso. Constituye también una suerte de control de eficacia y eficiencia judicial que ejerce la sociedad al estar en conocimiento de un proceso y en la forma que se está desarrollando. No obstante, el juez podrá limitar la publicidad en los casos en los cuales haya motivos suficientes para ello, por ejemplo, en los delitos de terrorismo o que el conocimiento de los hechos perjudique al resultado del sumario. Esto es así debido a que el juez, entre otras razones, podría restringir el juicio por razones de moralidad, orden público, seguridad nacional, protección a la vida de las partes y el propio interés de la justicia.

Se ha erigido en uno de los pilares del sistema democrático, permitiendo un proceso público con todas las garantías tanto en consideración a la ciudadanía, como a las partes implicadas en el mismo. Es innegable la estrecha vinculación del derecho de informar

---

<sup>78</sup> En este sentido OROMÍ VALL LLOBREGA, S., *Principios y garantías procesales*, Bosch procesal, 2013, p 207.

<sup>79</sup> Sentencia 96/1987 de 10 de junio.

con el principio de publicidad procesal, y cuya actuación a través de los medios de comunicación es uno de los elementos más decisivos para su más completo desarrollo<sup>80</sup>.

Sin embargo, este derecho encuentra límites y confrontaciones con otros derechos. La cuestión se va a concretar en el enfrentamiento entre el derecho de los medios de comunicación en su labor informativa, art. 20 CE, y los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso, incluyendo los del acusado. La suspensión de los derechos fundamentales exige la intervención judicial, y consecuentemente, una ley habilitante, y siempre en consideración al interés constitucionalmente protegido.

Por todo ello únicamente se suspenderán o cederán los derechos fundamentales del acusado contemplados expresamente por la ley en los casos en los cuales se imparte justicia, siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad. Las garantías que derivan del derecho de presunción de inocencia han de ser respetadas en todo momento por la administración de justicia y solo con el respeto y cumplimiento de las mismas podrá alcanzarse una adecuada restricción del derecho fundamental a limita.

#### **1.2.4.2. FIABILIDAD DEL MEDIO UTILIZADO.**

Más allá de las garantías que ofrecen los principios que derivan de la presunción de inocencia, tales como la oralidad, la contradicción, la inmediación y la publicidad, toda limitación de los derechos fundamentales ha de desprender confianza y fiabilidad a la hora de practicar la prueba, es decir, del medio que utilice. En específico, es necesario que esas garantías tiendan a asegurar una fiabilidad en cuanto al medio que se está utilizando para la limitación de dichos derechos fundamentales. Su regulación abarca muchas situaciones, por ello, “en atención a la naturaleza del método limitativo y sus circunstancias, dichas garantías han de ser aplicadas a cada caso en concreto<sup>81</sup>”.

En cuanto al concepto de fiabilidad, se podría definir como que hace referencia a la capacidad del instrumento de obtener los mismos resultados en distintas pruebas. Depende de la técnica de investigación y del modo de aplicación del instrumento de medición. En caso de que el instrumento no sea fiable se producirán errores, esto es así, por ejemplo, en las intervenciones corporales que se deben de practicar en todo caso por personal técnico sanitario. Pruebas de expiración de aire con fines de controlar el grado de alcohol en sangre efectuada por medio de aparatos homologados y comprobados. Registros domiciliarios realizados en presencia de testigos o de un secretario independiente. Intervenciones telefónicas manejadas por especialistas<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> En este sentido TAMAYO CARMONA, J.A., “El principio de publicidad del proceso, la libertad de información y el derecho a la propia imagen”, Revista boliviana de derecho número 15, Santa cruz de la sierra, enero, 2013. Disponible en [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2070-81572013000100015](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572013000100015).

<sup>81</sup> ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal...* Op. Cit. p. 142.

<sup>82</sup> En este sentido ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal...* Op. Cit. p. 142

La prueba se lleva a cabo por los medios que permite la ley, y a través de ella se llega a la convicción del juez, o la negativa del mismo. Por todo ello necesitará de todos los medios adecuados para la comprobación, mediante los medios de prueba, que de lo que en ellos se determina, ha pasado en la realidad, y no ha sido fruto de engaños, de coacciones o del mal funcionamiento de los aparatos.

Sin embargo y como de manera adecuada lo establece DELGADO MARTÍN, el cual en específico se refiere a las pruebas obtenidas mediante medios electrónicos, “dada la acelerada evolución tecnológica y la utilización masiva de los instrumentos electrónicos o digitales en todos los sectores de la vida social, las fuentes de prueba de naturaleza digital se han incrementado de forma considerable. Nos encontramos con nuevos instrumentos informáticos, multimedia y/o de comunicaciones, así como novedosos formatos y soportes. No obstante, esta gran variedad de fuentes probatorias ha de tener acceso al proceso a través de alguno de los medios de prueba legalmente previstos: como prueba de instrumentos tecnológicos del art. 299.2 LEC (LA LEY 58/2000), como prueba documental”<sup>83</sup>.

En resumen de todo lo anterior señalado, cabría determinar que la fiabilidad del medio utilizado establece que para que una circunstancia sea aceptada como prueba, esta debe de ser fiable y ser probada por los medios u objetos, o las personas, adecuadas especialistas en ese tema y todo está correctamente comprobado y homologado para que no dé lugar a error. El fin del mismo es el de aportar al juez del caso sobre la veracidad o la falsedad de las pruebas que se aportan. Esto es así debido a que nos encontramos ante limitaciones de los derechos fundamentales y en consecuencia de ello es necesario que los medios a través de los cuales se aportan las pertinentes pruebas no puedan dar lugar a error o analogía ya que no se podrá juzgar a nadie sin que se esté completamente seguro de su culpabilidad.

## **LA PRUEBA PROHIBIDA.**

La prueba prohibida probablemente sea uno de los temas más complejos sobre los que se ha venido ocupando ampliamente la doctrina procesalista. Cuando uno se aproxima al estudio de esta materia lo primero que salta a la vista es la diversidad terminológica que se emplea en la doctrina y en la jurisprudencia para referirse a ella. Así se utilizan, entre otros, los siguientes términos: prueba prohibida, prueba ilegal, prueba ilícita, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba irregular, o prueba viciada.

---

<sup>83</sup> DELGADO MARTÍN, J., “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración”, Diario La Ley, Nº 6, Sección Ciberderecho, 11 de abril de 2017, Editorial Wolters Kluwer, consultado el 10-4-2018 a las 10:24. Disponible en <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000245602/20170411/La-prueba-digital-Concepto-clases-y-aportacion-al-proceso>.

El concepto de prueba prohibida se podría obtener a partir de la clásica cita de la jurisprudencia emanada y proclamada por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en su sentencia de 14 de junio de 1960 establece que “no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio”<sup>84</sup>.

Las prescripciones legales sobre la prueba tienen directo amparo constitucional y de ellas se deduce, que solo es posible la realización de las pruebas en la forma expresamente prescrita por la ley, en tanto ésta sea compatible con los derechos fundamentales, debido a que su actuación debe sujetarse a las normas, ya que, como se ha ido estableciendo con anterioridad en el presente trabajo, se debe de buscar un equilibrio entre ambas partes, en la búsqueda de la verdad y en el respeto de los derechos fundamentales. Los supuestos en los cuales haya un caso de prueba prohibida, ocurren cuando se vulneran los derechos fundamentales mediante situaciones que no están recogidas en la ley.

En el ámbito del proceso penal, la prueba ilícita presupone la existencia de una tensión entre dos intereses jurídicos contrapuestos, pero susceptibles de protección constitucional. De un lado, la búsqueda de la verdad material a través del proceso, en el que el Estado ejerce el *ius puniendi* para sancionar a los ciudadanos que incumplan la ley. Este interés jurídico se corresponde a su vez con otros principios o intereses sociales: como la consecución de un ideal de justicia, el mantenimiento del orden social, la confianza de la sociedad en la administración de justicia. De otro lado, están los derechos y libertades individuales que en el Estado de Derecho son un límite a la actuación de los poderes públicos.

El fundamento inicial de la regla de la exclusión de la ilicitud probatoria tiene un claro alcance constitucional, supone una garantía reforzada para los derechos individuales y trata de evitar que accedan al proceso todas aquellas pruebas que se obtengan conculcando derechos constitucionales de las personas. Así mismo y como veremos más adelante en el presente trabajo, existen varias teorías que establecen que tampoco se permite el acceso al proceso de otras pruebas obtenidas a partir de la ilicitud del acto de violación del derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 2953/2003 de 15 de septiembre, ha sostenido que “la prueba es procesalmente inefectiva e inutilizable si en su obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal. Por nuestra parte, precisamos que no tienen efectos probatorios los elementos de prueba obtenidos o incorporados al proceso violando derechos y libertades fundamentales, garantías establecidas en las normas procesales y normas procesales que regulan la actividad probatoria”<sup>85</sup>.

Llegados a este punto y para profundizar en el objeto del presente trabajo es necesario definir el concepto de prueba, en términos, jurídicamente hablando, sencillos. Desde el

---

<sup>84</sup> Sentencia de 14 de junio de 1960 (BGHS 14, 358, 365).

<sup>85</sup> Sentencia 2053/2003 de 15 de septiembre.

punto de vista jurídico, prueba es todo aquello que nos permite descubrir la verdad procesal; en materia penal se conoce como todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y la identidad del presunto autor de los hechos. El propio Estado está obligado a garantizar los derechos de los ciudadanos en todas las situaciones de su vida cotidiana y en el desarrollo de los derechos, razón de más para su protección cuando estos se encuentren dentro de un proceso penal. Cabría por ello determinar que toda prueba obtenida con la vulneración de los derechos fundamentales de los particulares es nula e ilícita, lo que en el proceso se conoce como prueba ilícita. Para que exista licitud en la prueba se requiere que los datos y los medios probatorios hayan sido obtenidos, producidos y reproducidos también por medios lícitos, la prueba ilícita es aquella obtenida o practicada con infracción de cualquier derecho fundamental del imputado o de terceros, reconocido a nivel constitucional en un país, ya sea directamente o por remisión a los TTIIDDHH.

Así se establece en el art. 11.1 LOPJ cuando regula que “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”. De lo que se trata es de evitar la arbitrariedad, los criterios defensistas, la prevención general, en desmedro de los derechos individuales, es decir pretende evitar desmedidas en la obtención de las pruebas y tomar a la persona como tal y no como un objeto o un chivo expiatorio quien al ser castigado produzca como efecto la sensación de seguridad en la colectividad<sup>86</sup>.

Por todo ello la doctrina entiende que la prueba ilícita posee soporte legal en este art. 11.1. Junto a lo anterior, el art. 287 LEC establece un procedimiento a través del cual las partes, o incluso el tribunal de oficio, puedan cuestionar la admisibilidad de una fuente o medio de prueba que se considere obtenido vulnerando un derecho fundamental.

Todo elemento o fuente de prueba obtenida con violación de un derecho fundamental ha de ser considerada nula, y, por tanto su valoración o toma en consideración vedada o, lo que es lo mismo, en caso alguno los tribunales podrán tener en cuenta dicha prueba para basar en ella una sentencia condenatoria<sup>87</sup>.

## **2.1. CONCEPTO.**

La prueba prohibida se identifica con aquella que resulta de la infracción de una norma de rango constitucional que consagra un derecho fundamental, es decir, es la prueba obtenida con la vulneración de un derecho fundamental. La contravención de una norma distinta, de inferior grado, da en cambio origen a la que a nivel doctrinal se conoce como prueba irregular, siendo distintos los efectos que una y otra generan en el seno del

---

<sup>86</sup>En este sentido PELLEGRINI GRINOVER, A. “Pruebas Ilícitas”, Materiales de lectura del curso de Derecho Procesal Penal: Lecturas y Jurisprudencias. Julio-agosto del 2003. pp. 145.

<sup>87</sup>ASENCIO MELLADO, J.M., “Derecho procesal...” Op., Cit. p. 143.

proceso; “efectos que dependen, no sólo de la naturaleza e intensidad de la infracción normativa que la provoca, sino del momento en que dicha contravención jurídica tiene lugar”<sup>88</sup>.

El origen de la prueba ilícitamente obtenida en España lo encontramos en la STC 114/1984, donde “se debatía si la utilización de una grabación fonográfica sin consentimiento del recurrente podría servir como prueba válida en un proceso laboral para despedirle de su puesto de trabajo. La Sentencia de la Magistratura de Trabajo y posterior Sentencia del Tribunal Supremo, entendieron que el despido era conforme a Derecho, y que no existía base legal o jurisprudencial para declarar nula dicha prueba por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones”<sup>89</sup>.

En los casos en los cuales se estén utilizando medidas que vulneren los derechos fundamentales para la obtención de las pruebas, dicha acción constituirá un caso de prohibición de valoración de la prueba. Por consiguiente, constituyen claros supuestos de prohibición los que pudieran obtenerse mediante vulneración de garantías constitucionales, tales como la inviolabilidad o el secreto de las comunicaciones. Los derechos fundamentales, como así bien lo establece el art. 10.1 de la CE, ostentan una posición preferente en el ordenamiento por lo tanto no se podrán violar desmedidamente. A lo anterior cabría adicionar que la presunción de inocencia exige que una actividad jurisdiccional como la probatoria no pueda practicarse con vulneración de las normas tuteladoras de los derechos fundamentales<sup>90</sup>.

Habrá que determinar en qué casos estaríamos ante la obtención de una prueba de forma lícita. Hablar de licitud de la prueba en el proceso es referirse a la ausencia de ilegalidad en la obtención de la prueba o del medio probatorio que se propone. Ilegalidad que se ha de entender en un sentido amplio, es decir, que la fuente de prueba no se haya obtenido ni infringiendo un derecho fundamental ni cualquier otro derecho, ni tampoco las normas relativas al procedimiento probatorio. Ahora bien, hablar de prueba prohibida o ilícita en sentido estricto es referirse sólo a la prueba obtenida, directa o indirectamente, vulnerando derechos fundamentales<sup>91</sup>.

De conformidad con el art. 11,1 LOPJ, los resultados de la prueba prohibida no podrán ser utilizados por el tribunal para alcanzar su convencimiento sobre los hechos acaecidos o fijarlos en la sentencia, se trata de una prohibición positiva que hace inadmisibles las fuentes o medios de prueba así obtenidos. Por ello las pruebas obtenidas a partir de la acción ilícita y la posterior obtención de pruebas no podrán considerarse como el fundamento de una sentencia condenatoria.

---

<sup>88</sup> ASENCIO MELLADO, J.M., “Derecho procesal...” Op., Cit. p. 143.

<sup>89</sup> Sentencia 114/1984 de 2 de abril.

<sup>90</sup> En este sentido GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal...* Op. Cit. p. 94.

<sup>91</sup> En este sentido PÉREZ CEBADERA M.A. “La prueba ilícita en el proceso civil”, *El derecho*, 2 de junio, 2011. Disponible en [http://www.elderecho.com/tribuna/civil/prueba-ilicita-proceso-civil\\_11\\_283555003.html](http://www.elderecho.com/tribuna/civil/prueba-ilicita-proceso-civil_11_283555003.html).



Como se ha comentado con anterioridad, si la infracción consiste en la vulneración de cualquier otro derecho que no tenga carácter fundamental, nos encontramos ante una prueba irregular, pero admisible para que el tribunal alcance su convicción o fije un hecho en la sentencia, sin perjuicio de la responsabilidad en la que pueda incurrir quien haya infringido un determinado derecho. Es necesario que se incida en la violación de un derecho fundamental para que dicha prueba sea determinada como prohibida y por tanto no ostente validez para que se tenga en cuenta a la hora de la fundamentación de la sentencia.

En esta línea, es de obligada cita el artículo 549 del Proyecto de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil elaborado en 1974 por los Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, que bajo el título medios de prueba inadmisibles, establece que “el tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleando procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona. La dignidad de la persona se constituye en pieza clave del concepto de prueba ilícita: todo medio de prueba que atente contra la misma deviene ilícito y, por consiguiente, inadmisibles”<sup>92</sup>. En resumen de lo anterior, se deben de destacar dos ideas fundamentales, la primera de ellas es que la vulneración de derecho fundamental deviene en prueba ilícita y por ello inadmisibles ante cualquier proceso, por otra parte, lo que se pretende salvaguardar, y esto ocurre así desde sus orígenes, es la dignidad de la persona, que se antepone a la búsqueda de la verdad.

En definitiva, el concepto de prueba prohibida se identifica con aquella situación en la cual la prueba se ha obtenido con la infracción de una norma de rango constitucional que ostenta un derecho fundamental. Esta infracción se ha realizado en el momento de búsqueda de pruebas que evidencien la veracidad o inexistencia del supuesto, ya que, como se ha argumentado anteriormente, debe de existir un justo equilibrio entre ambas partes, la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos fundamentales. De lo anteriormente establecido se concluye que por lo tanto es inadmisibles el material o las pruebas que se obtengan con la violación de los derechos fundamentales y no estén recogidas en la CE de forma expresa o se fundamenten en una ley orgánica que desarrolle las mismas. La prueba prohibida tiene su origen en la vulneración de un derecho fundamental producida, no en el momento de su incorporación al proceso, sino durante el desarrollo de la actividad de búsqueda y obtención del material probatorio que pretende ser incorporado al proceso, pues lo que se tiene en cuenta es el momento de la infracción y por ello posterior negativa de incorporación al proceso.

Cabe recordar sin la necesidad de profundizar en ello lo que ocurre cuando se infringe una norma de rango infraconstitucional. En este sentido propone ASENSIO MELLADO que la contravención de una norma de rango infraconstitucional o, si se prefiere, los vicios o defectos producidos durante la práctica del medio probatorio quedan fuera del art. 11.1

---

<sup>92</sup> SAAVEDRA ROJAS, E., *Temas actuales de derecho procesal penal*” Sextas jornadas de derecho procesal, UCAB, Caracas, 2003, p.403

de la LOPJ y ceñidos en sus consecuencias o efectos al régimen de nulidad contenido en el art. 238 de la misma norma, lo que se traduce en la nulidad de ese acto ilegal, y, en absoluto impide que el material probatorio logrado sea incorporado al proceso a través de un medio lícito o regularmente practicado<sup>93</sup>.

Para concretar el concepto y alcance de prueba prohibida, resulta necesario atender a la jurisprudencia emanada del TS. En específico, me refiero a la STS 114/1984 de 2 de abril. En la misma se establece que “la invalidez de los actos obtenidos en violación a derechos y garantías constitucionales se denominan reglas de exclusión. Estas instituciones tuvieron su origen en la jurisprudencia, puesto que las constituciones y legislaciones clásicas no contenían expresamente la regla de exclusión; tal es así que el Tribunal Constitucional Español aplicó por primera vez la exclusión de la prueba ilícita en 1982. Al configurar, en sus orígenes, la regla de exclusión como una garantía procesal de naturaleza constitucional íntimamente ligada con el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE. Según dicha sentencia la interdicción de la admisión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales derivaba directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de partes, art. 24.2 y 14 CE. Su fundamento se entronca directamente con la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y en su condición de inviolables<sup>94</sup>”.

El control sobre la licitud de la prueba debe efectuarse ya en fase de admisión de las pruebas. Le corresponde al juez de instrucción controlar que las pruebas ofrecidas por las acusaciones son lícitas y, por tanto, no fueron obtenidas con infracción de derechos fundamentales y no constituirían un supuesto de prueba prohibida. Una acusación fundamentada sobre la base de pruebas ilícitas debería calificarse de ineficaz, desde el plano probatorio, siendo su consecuencia procesal la no realización de juicio oral cuando fuere la única prueba de cargo y no concurren otras pruebas lícitas independientes.

En todo caso, la consecuencia de la ilicitud ha de ser reclamable de todos los derechos fundamentales, no de unos con exclusión de otros. No cabe discriminación entre derechos en orden a la exigencia de su respeto

A modo de ejemplo de todo lo anterior, MIRANDA ESTRAMPES, expone el caso Boyd de 1886, ocurrido en EEUU: “En el mismo establece que el precursor del tema de las exclusiones probatorias fue el Caso Boyd en 1886 fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la que se cuestionó una prueba consistente en una factura que el acusado fue obligado a aportar en contra de su voluntad; la corte encontró una íntima relación entre la cuarta garantía contra los registros, requisas y secuestros irrazonables y la quinta enmienda que protege contra la autoincriminación involuntaria y sostuvo que la

---

<sup>93</sup> En este sentido ASECIO MELLADO, J.M., “Derecho procesal...” Op., Cit. p. 143.

<sup>94</sup> Sentencia 114/1984 de 2 de abril.

aportación de libros y papeles privados para ser usados como prueba en contra de quien fue obligado a hacerlo, vulnera ambas enmiendas citadas”<sup>95</sup>.

ASENCIO MELLADO hace referencia a tres situaciones las cuales constituyen casos de prueba prohibida, el desarrollo de diligencias de investigación en las que no son respetados los presupuestos y requisitos exigibles para la limitación de derechos fundamentales. La práctica de diligencias tendentes a la averiguación de hechos no susceptibles de ser investigados por estar amparados por el secretario personal o profesional. En un segundo ejemplo destaca el empleo en la toma de declaración al sujeto imputado de fórmulas o métodos ilícitos o la recepción de su testimonio en calidad de testigo y, por tanto, con absoluta ignorancia del estatus o condición que le es propicio y cuya atribución se retrasa maliciosamente. Para finalizar y en tercer lugar, el desconocimiento en la toma de declaración del testigo, de la exención al deber de declarar que puede afectarle<sup>96</sup>. (...) Además añade que “sólo la prueba prohibida, concebida de este modo, queda bajo la cobertura del precepto y, en consecuencia, ha de ser objeto de sanción específica que detalla, esto es, su ineficacia o falta de virtualidad probatoria que puede alcanzar a otra u otras pruebas, quizás lícitamente logradas, pero derivadas de la que padece el vicio o ilicitud original”.

Refiriéndonos a la prueba prohibida encontramos dentro de la misma una serie de excepciones. La regla de exclusión de la prueba ilícita por lesión de los derechos fundamentales no se va a entender en un sentido absoluto, rígido e incondicionado, ya que progresivamente, se han ido introduciendo excepciones que han atemperado su aplicación. Y es que, en algunos casos excepcionales, en función de las circunstancias que concurren, y a pesar de que haya habido lesión de derechos fundamentales, los tribunales, acudiendo a una motivación determinada y al principio de proporcionalidad, otorgan eficacia a la prueba obtenida ilícitamente, esto es, con lesión de derechos fundamentales. Ahora bien, estas excepciones, como su propio nombre indica, han de ser excepcionales, han de constituir la excepción a la regla general que es la exclusión probatoria, pues de lo contrario se corre el riesgo de que la regla general de la prohibición de la prueba ilícita se convierta en excepción y las excepciones en regla general<sup>97</sup>.

La primera de ellas se refiere a la fuente independiente, que viene a establecer que si la prueba utilizada no guarda ningún tipo de conexión con la prueba ilícita inicial, no se cumple el presupuesto esencial determinante del reconocimiento de eficacia refleja. Esta doctrina jurisprudencial se reitera en numerosas decisiones posteriores, entre otras en las SSTC 238/1999, de 20 de diciembre; 299/2000, de 11 de diciembre. Para poder apreciar dicha excepción será necesario que exista, por tanto, una verdadera desconexión causal entre la prueba ilícita original y la prueba derivada. La segunda teoría excepción se conoce

---

<sup>95</sup> MIRANDA ESTAMPRES, M., “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, Revista catalana de seguridad pública, mayo, 2010.

Disponible en file:///C:/Users/Asuncion/Downloads/194215-260507-1-PB%20(1).pdf.

<sup>96</sup> En este sentido ASENCIO MELLADO, J.M., “Derecho procesal...” Op., Cit. p. 144.

<sup>97</sup> En este sentido DELGADO DEL RINCÓN, L.E. “La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia”, DIALNET, 2013 pp. 412. Disponible en [http://www.te.gob.mx/ccje/iv\\_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf](http://www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf).

como la excepción del descubrimiento inevitable y viene a determinar que según esta exclusión, no cabría la exclusión de la prueba si la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una actuación policial respetuosa con los derechos fundamentales, independiente de la inicial ilicitud cometida. El Tribunal Supremo español, en la STS, Sala 2ª, de 4 de julio de 1997, admite “la validez de una prueba que es el resultado causal de una interceptación telefónica ilegal, como consecuencia de su inevitable descubrimiento”<sup>98</sup>. Esta excepción ha traído consigo grandes dificultades debido a que desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) resulta difícilmente admisible, pues la misma se basa en simples conjeturas o hipótesis, esto es, en lo que pudo haber pasado pero que no pasó en la realidad. La tercera de las exclusiones es la de la excepción del nexo causal atenuado, que fija su atención sobre la existencia de varios criterios que permiten determinar la atenuación de la relación causal, entre los que destaca el tiempo transcurrido entre la prueba ilícitamente obtenida y la prueba lícita derivada, la gravedad de la violación originaria y el elemento de voluntariedad que debe predicarse de las confesiones practicadas con todas las garantías<sup>99</sup>. En España, el Tribunal Constitucional se ha referido a esta excepción en la STC 86/1995, de 6 de junio, en la que “se atribuye plena eficacia probatoria a la confesión que hace el acusado, tanto ante el juez de instrucción como en el acto del juicio oral, al haber sido prestada espontánea y voluntariamente, haber sido informado de sus derechos previamente a la declaración y haber sido asistido de abogado”<sup>100</sup>.

En resumen de todo lo anteriormente establecido, se llega a la conclusión de que la prueba prohibida ocurre cuando se vulnera una norma constitucional que consagra un derecho fundamental, en consecuencia, se procede a la nulidad del acto y a la no aceptación ni valoración de esta prueba en el correspondiente proceso. Le corresponde al juez la acción de valoración de la prueba y, por consiguiente, su adhesión al proceso o su negativa de aceptación. Sin embargo, y como ocurre con toda regla general, se admiten ciertas excepciones, tales como cuando se obtiene una prueba lícita que no guarda ningún tipo de conexión con la prueba ilícitamente obtenida, cuando el descubrimiento es inevitable o cuando haya un nexo causal atenuado, estas exclusiones entran en juego a la hora de valoración de las pruebas aportadas dentro del correspondiente proceso.

En España, un amplio sector de la doctrina considera que el art. 11.1 LOPJ no solo se refiere a la regla de exclusión de la prueba ilícita, sino que comprende también la ineficacia de la prueba refleja o derivada, concretamente se incluiría en el término indirectamente, no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, con violación de derechos fundamentales.

---

<sup>98</sup> STS, Sala 2ª, de 4 de julio de 1997

<sup>99</sup> En este sentido MIRANDA ESTAMPRES, M., “La prueba...” Op. Cit., p.p1143-147. Consultado el 17/04/2018 a las 10:47.

<sup>100</sup> STC 86/1995 de 6 de junio.

## **2.2. DISTINTAS TEORÍAS SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA.**

Como ocurre con toda regla general, se admiten excepciones. En este caso en concreto, la prueba prohibida, la cual rechaza la incorporación al proceso de todo tipo de prueba obtenida con la vulneración de un derecho fundamental, encuentra inmersa en ella ciertas teorías. La primera de ellas es la que se conoce como teoría directa, en la misma y basándose en el art. 11.1 de la LOPJ, no se va a incorporar al proceso toda prueba que se haya obtenido por medio de la mala fe y la limitación de derecho fundamental cuando no haya una ley que recoja dicha limitación. Sin embargo, serán susceptible de valoración todas aquellas pruebas obtenidas de manera lícita a partir de la prueba nula. La siguiente teoría es la que se conoce como teoría de los frutos del árbol envenenado, en la misma, proveniente del sistema jurídico americano, se establece que ni la prueba obtenida con ilicitud del acto será válida ni las obtenidas a partir de este mismo acto ilícito, es decir, se presupone que si el origen, en este caso árbol está envenenado, también lo estarán los frutos que emanen del mismo. La tercera de las teorías es la de la conexión de la antijuridicidad. En la misma, se viene a determinar que la prueba obtenida de forma ilícita no podrá ser valorada si a ese mismo resultado probatorio se hubiera llegado por otros medios de prueba independientes, se acude a la conexión que existe entre las pruebas, en este caso, si hay clara conexión todas las pruebas serán nulas, y en el caso que no lo haya, se podrá incorporar al proceso, habría que ponderar aspectos como el dolo o la culpa o la importancia del derecho vulnerado.

### **2.2.1. TEORÍA DIRECTA.**

Basándonos en lo establecido en el art. 11.1 LOPJ, en todo tipo de procedimiento se va a respetar las reglas de buena fe y no serán aceptadas las pruebas obtenidas por medio de la vulneración de los derechos fundamentales siempre y cuando no haya una ley que permita y desarrolle dicha limitación. Derivada de la anterior definición, se llega a la conclusión de que en los casos en los cuales se obtengan las pruebas de manera ilícita, conllevara a la nulidad del acto.

La primera de las teorías es la que se conoce como teoría directa. La misma podría determinarse como la prohibición de valorar cualquier prueba obtenida directamente con vulneración de derechos fundamentales, sin embargo, cualesquiera otras fuentes de prueba obtenidas lícitamente a partir de la prueba nula-prohibida, sí que serán susceptible de valoración y de ser utilizadas posteriormente en el seno de un juicio. En esencia, viene a determinar si cualquier prueba o fuente de prueba obtenida por medio de la vulneración de un derecho fundamental es válida o, por el contrario, si la ilicitud de la obtención de la prueba contamina al resto de pruebas obtenidas con licitud<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> En este sentido ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho...* Op. Cit. Pp. 145-146.

Tras todo lo establecido con anterioridad, la teoría directa determina que las pruebas que se han obtenido mediante la vulneración de derecho fundamental no van a ser aceptadas, sin embargo, las pruebas que se obtengan con licitud a raíz esa prueba sí que se podrán considerar como aceptadas en la investigación y posterior proceso. Esta teoría va a encontrar adversidad con otras como por ejemplo la teoría del árbol envenenado, concepto que se expondrá a continuación en el presente trabajo, esta adversidad tiene su esencia en las pruebas o frutos emanados del acto de ilicitud, pues según esta teoría las pruebas obtenidas serían válidas y según la teoría del fruto del árbol envenenado, no sería válida ninguna obtenida de la conculcación del derecho fundamental.

### **2.3.2. TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO**

La teoría de los frutos del árbol envenenado viene a determinar que, si la prueba se obtiene a través de la vulneración de un derecho fundamental, no se podrá adicionar al proceso ni la prueba ni toda aquella que se obtengan a partir de la acción vulneradora. Toda prueba obtenida mediante vulneración de derechos constitucionales carece de efecto legal, igualmente carecen de efecto legal toda fuente de prueba que se obtenga de ella, así se desarrolla en la STC 85/1988, de 28 de abril.

En palabras de MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “la teoría de los frutos del árbol envenenado es una doctrina que hace referencia a las pruebas de un delito obtenidas de manera ilícita, las cuales impedirán posteriormente en el proceso judicial que puedan ser utilizadas en contra de cualquier persona, en el sentido de que cualquier prueba que directa o indirectamente y por cualquier nexo esté viciada, debe ser prueba nula”<sup>102</sup>. Lo que se quiere describir es que se supone que si el árbol esta envenenado, los frutos que emanen del mismo también deberán de serlo. Su símil es hacer uso de una prueba ilegal (árbol) que conlleva a un descubrimiento ilícito (fruto). La doctrina del "fruto del árbol envenenado" se ejemplariza en la entrada en el domicilio de un agresor sin autorización judicial. A través de ese registro se obtienen vídeos en los cuales se gravan situaciones de agresiones. El árbol que sería la acción de entrar en el domicilio vulnerando el derecho de inviolabilidad del mismo y el fruto que sería la obtención de vídeos vulnerando el derecho a la intimidad. El resultado probatorio es ilegítimo y su nulidad insubsanable, y arrastrará a todas aquellas otras pruebas relacionadas y derivadas<sup>103</sup>.

En términos más sencillo, en los casos en los cuales los agentes entran en el domicilio del investigado sin la autorización judicial necesaria, vulnerando de esta manera el derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, acción la cual no estaría permitida, en este caso, si los agentes de la autoridad encuentran pruebas de culpabilidad que puedan

---

<sup>102</sup> MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., “La doctrina del fruto del árbol envenenado”, noticias jurídicas, 31 de marzo de 2015. Disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/8944-la-doctrina-del-fruto-del-arbol-envenenado/>.

<sup>103</sup> En este sentido MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., “La doctrina...” Op. Cit.

incriminar a una persona por la comisión de un delito de asesinato u homicidio, por ejemplo, un arma con sangre, según la doctrina, impedirá que la prueba de esos instrumentos utilizados para investigar el crimen pueda ser utilizada contra el sujeto activo por las circunstancias en las que el registro se ha llevado a cabo, vulnerando derechos fundamentales. En resumen de todo lo anterior, la teoría del fruto del árbol envenenado viene a determinar que si las pruebas obtenidas a partir de una vulneración de derecho fundamental, sin la correspondiente autorización judicial para efectuarla, lo que se determinaría como el árbol, son ilícitas todas las pruebas obtenidas y fundadas en esa investigación resultan igual de nulas y, por lo tanto, no se podrá proceder a su utilización dentro de un juicio.

### **2.3.3. TEORÍA DE LA CONEXIÓN ANTIJURIDICIDAD.**

La teoría de la conexión antijuridicidad viene a determinar que la prueba obtenida de forma ilícita no podrá ser valorada si a ese mismo resultado probatorio se hubiera llegado por otros medios de prueba independientes y que no procedan de la vulneración de derechos fundamentales. En la STS 811/2012 de 30 de octubre, “se asumen la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la conexión de antijuricidad o prohibición de valoración, entendido como enlace jurídico entre una prueba u otra. La prohibición se refleja constitucionalmente, impide la utilización de un medio probatorio cuya obtención se ha producido vulnerando los derechos constitucionales y legalmente el art. 11.1 de la LOPJ”<sup>104</sup>.

En cuanto a qué debe entenderse por "conexión de antijuridicidad", en un examen de los pronunciamientos jurisprudenciales, resulta que esta existe cuando se da una relación entre el medio de prueba ilícito y el reflejo, lo suficientemente fuerte que permita estimar que la ilicitud originaria de la primera trasciende a la segunda, hasta el punto de provocar su sanción invalidante. Al respecto, los criterios más empleados para justificar la "desconexión jurídica" son: la línea de investigación diferente a aquella en que se originó la ilicitud probatoria y la validez de las pruebas anteriores a la aparición de la prueba ilícita<sup>105</sup>.

Según la jurisprudencia a través de la STC 139/1999 de 22 de julio esquematizando la existencia o no de conexión de antijuridicidad, “las pruebas que de hecho están indisolublemente unidas con la prueba primariamente viciada y, aquellas pruebas en que esa indisoluble conexión fáctica no se da. En las primeras, dicha conexión es indudable desde una perspectiva meramente interna y no pueden ser valoradas en ningún caso sin infringir el artículo 24.2 de la Constitución, ya que lo que accede al juicio a través de estas pruebas es pura y simplemente el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita. Respecto de las segundas, es preciso realizar un juicio para

<sup>104</sup> En este sentido Sentencia del tribunal supremo 811/2012 de 30 de octubre.

<sup>105</sup> En este sentido URBANO CASTRILLO, E., “La desconexión de antijuridicidad en la prueba ilícita”, Legaltoday, diciembre, 2008. Disponible en <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/la-desconexion-de-antijuridiciad-en-la-prueba-ilicita>

valorar si, también desde una perspectiva externa, se han de tener en cuenta las necesidades de tutela del derecho fundamental, que cabe inferir de la índole del derecho vulnerado, de la entidad de vulneración y de la existencia o inexistencia de dolo o culpa grave”<sup>106</sup>. En este sentido lo desarrolla la STS 1191/2017 de 3 de abril.

A la hora de ponderar la conexión de antijuridicidad, incide la sentencia 320/2011 de 22 de abril en la distinción entre una perspectiva natural y otra jurídica. La primera supone que la prueba refleja derive de forma empírica o por una formulación material de la inicial declarada nula, así, el hallazgo encontrado en un registro nulo, es también nulo, porque deriva naturalmente de la progresión natural de las cosas, como el contenido de la conversación es causalmente derivado de la propia interceptación practicada. Desde la segunda perspectiva, la conexión se predica de la secuencia propia de los derechos en juego, por ejemplo, el temor, coacción o violencia, utilizados en el curso de una declaración de un imputado impide valorar lo que haya respondido al ser de tal forma interrogado, sin que esto se derive naturalísticamente de tal acción<sup>107</sup>. Según lo que determina el TC en su sentencia 86/1995 de 6 de junio, en la misma se refiere a que “para desechar una prueba a causa de su contaminación por provenir de otra ilícitamente obtenida, es necesario que entre las dos se afirme la existencia de una conexión de antijuridicidad que es algo más que el mero juicio hipotético de que la prueba derivada no se hubiese producido de no existir la ilícita.

No basta esa conexión causal para negar valor a la segunda. Es preciso algo más, lo que permite que la confesión del poseedor de la droga ocupada tras un registro ilegal, sea considerada prueba valorable”<sup>108</sup>. En resumen de lo anteriormente establecido para determinar la existencia o no de conexión de antijuridicidad habrá que precisar que las pruebas que estén unidas a la raíz y las que no. En las primeras la conexión es indiscutible y no podrán ser valoradas, ya que todo lo que se use como medio o fuente de prueba sería considerado nulo. Respecto de las segundas habrá que concretar si influyen ciertos aspectos como dolo o culpa a la hora de valorar sobre su aceptación o no como así lo establece la STC 94/1999 de 31 de mayo.<sup>109</sup>.

En su esencia esta teoría viene a determinar que por qué si los derechos fundamentales no son absolutos, por qué la exclusión de las pruebas ilícitas sí lo es. La existencia de la búsqueda de la verdad es un factor clave a tener en cuenta, en este caso puede y debe haber excepciones siempre que la lesión del derecho fundamental y el medio de prueba que se intenta hacer valer en el proceso sean independientes entre sí. Si los derechos fundamentales pueden ser limitados a pesar de que son intocables, por qué las pruebas obtenidas a partir de la vulneración de los mismos son completamente inaccesibles al proceso.

---

<sup>106</sup> Sentencia 139/1999 de 22 de julio.

<sup>107</sup> Sentencia 320/2011 de 22 de abril.

<sup>108</sup> Sentencia 86/1995 de 6 de junio.

<sup>109</sup> Sentencia 84/1999 de 31 de mayo. En este sentido “también se habrá de tener en cuenta otros aspectos como la índole del derecho vulnerado o la entidad de vulneración”



## CONCLUSIONES.

1. Las limitaciones a los derechos fundamentales son elementos perfectamente compatibles con la debida protección del ciudadano. Desde el reconocimiento de los derechos fundamentales, ha habido un gran debate que recae sobre las investigaciones policiales, tendentes a la averiguación de la verdad, que injieren en la esfera de los derechos fundamentales. Tras sucesivas reflexiones se llega a la conclusión de que en ocasiones se deben limitar los derechos fundamentales con el fin de alcanzar conocimiento sobre la veracidad de los hechos. Todos los derechos fundamentales son limitables a excepción del derecho a la vida. Para que la limitación sea conforme a derecho deben de cumplirse ciertos requisitos. Primero de ello la limitación debe de ser desarrollada por ley orgánica, ha de existir autorización judicial previa que les permita a los agentes actuar conforme a la misma, y, tercero, debe de haber un juicio de proporcionalidad que establezca una adecuada pena para el daño establecido.

2. En su esencia, la limitación es una garantía para el procesado pues, a pesar que sea una injerencia negativa, se debe de valorar positivamente, porque, de la misma, se derivan los requisitos necesarios para su establecimiento y por lo tanto no se permite que el Estado utilice el *ius puniendi* de manera desorbitada y abusiva. Un ejemplo evidente de esta garantía es que el medio que se utilice en dicha investigación no ha de dar lugar a error o dudas y no debe de dar margen de error en los resultados que de él se deriven. Se deben de respetar en todo caso los requisitos de la limitación para no injerir en vulneración del derecho fundamental. Todo acto que no respete los requisitos será ilícito. En la jurisprudencia este acto se conoce como prueba prohibida, o lo que es lo mismo, la no valoración de toda prueba obtenida con vulneración de derecho fundamental, ya que limitar no es vulnerar. Es correcto limitar un derecho fundamental pero nunca será permitida su vulneración.

3. La prueba prohibida no es una regla general rígida. Al igual que existe limitación de los derechos fundamentales también existen límites a la propia prueba prohibida. En mi opinión, estas excepciones son adecuadas debido a que a pesar que se ha cometido un acto ilícito en la obtención de pruebas, estas no deben de excluirse siempre, pues son susceptibles de valoración cuando se cumplen determinados casos. Pueden acceder al proceso pruebas que se habrían descubierto inevitablemente o casos en los cuales se ha obtenido una prueba derivada del acto ilícito pero que no guarde conexión directa con dicho acto, o en casos en los cuales concorra flagrante delito. Este tema trae consigo un gran debate debido a que es muy difícil determinar en qué casos existe conexión directa y en qué casos no, de la misma forma, no se podrá saber nunca si el descubrimiento es inevitable o no. En mi opinión, dichas teorías son conforme a derecho porque si los derechos fundamentales no son rígidos, el concepto de prueba prohibida tampoco ha de serlo.

4. La concepción misma de los derechos fundamentales en la configuración del Estado hacen paradójica la mención a sus límites cuando son precisamente la savia creadora del Estado, sin embargo, en mi opinión, es conforme a Derecho aplicar la limitación a los derechos fundamentales del investigado cuando el juez así lo requiera, porque en caso contrario no se estaría aplicando el proceso con total eficiencia. A pesar de que el proceso actúa bajo la presunción de inocencia, cuando exista posibilidad de la culpabilidad del sujeto investigado deben de limitarse sus derechos fundamentales, pues se antepone la paz social y el orden público a los derechos fundamentales del procesado.



## BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIO MELLADO, J., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- BALLESTEROS LLOMPART, J., *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1998.
- CARRASCO DURÁN, M., *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002.
- CASTILLO CÓRDOVA, L.F., “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Cuestiones Constitucionales, <https://revistas.juridicas.unam>, número 37, julio-diciembre, 2017, (disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales>).
- CATALINA BENAVENTE, M.A., *El tribunal supremo y la tutela de los derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- CHUMILLAS MOYA, M., “Motivación de las resoluciones judiciales” *Revista Internauta de Práctica Jurídica* núm. 10, julio-diciembre, 2002. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=297419>.
- CORREA, W., “La oralidad en el proceso”, *Derecho y Perspectiva*, enero, 2016. Disponible en <http://derechoyperspectiva.es/la-oralidad-en-el-proceso-civil/>.
- CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales” *Revista española de Derecho Constitucional*, CEPC, <https://www.cepc.gob.es> Madrid, Enero-Abril, 1989. (disponible en: <http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas-electronicas?IDR=6&IDN=327>).
- DELGADO MARTÍN, J., “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración”, *Diario La Ley*, Nº 6, Sección Ciberderecho, 11 de abril de 2017, Editorial Wolters Kluwer, consultado el 10-4-2018 a las 10:24. Disponible en <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000245602/20170411/La-prueba-digital-Concepto-clases-y-aportacion-al-proceso>.
- DELGADO DEL RINCÓN, L.E. “La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia”, *Dialnet*, 2013 pp. 412. Disponible en [http://www.te.gob.mx/ccje/iv\\_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf](http://www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf).
- DE LA ROSA CORTINA, M. A., *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*. BOSCHA, Barcelona, 2015, p, 70-71.
- DE ROMÁN DÍEZ, R., “El derecho fundamental de presunción de inocencia. Carga de la prueba”, 25 de marzo, 2013, disponible en <http://www.abogadoscarranza.com/content/el-derecho-fundamental-de-presunci%C3%B3n-de-inocencia-carga-de-la-prueba>.

DÍAZ GARCÍA, I., “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* n.36 Valparaíso ago. 2011, disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000100005>.

DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Aranzadi, Navarra, 2013.

ESTEBAN C., “La ONU excluye al no nacido del derecho a la vida”, medio de información religiosa Ifoaticana, <http://infovaticana.com>, noviembre, 2017 (disponible en <https://infovaticana.com/2017/11/04/ya-oficial-la-onu-excluye-al-no-nacido-del-derecho-la-vida/>).

FAIRÉN, V., “Ideas para una Teoría General del Derecho Procesal s (Comentario al artículo 20 de la Ley de Protección de la seguridad Ciudadana)”, *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1992, p. 179.

FERNÁNDEZ NIETO, J. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.

FERRAJOLLI, L., *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 2011.

FERRAJOLLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009.

FUENTES SORIANO, O., *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

FUENTES SORIANO, O. “Comunicaciones telemáticas práctica y valoración de la prueba.” *Dialnet*, 2016. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5887124>.

GARCÍA BORREGO, J.A., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Dykinson S.L., Madrid, 2007.

GARCÍA GUERRERO, J.L., *Los Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho procesal penal*, Castillo de luna, Madrid, 2015.

GIMENO SENDRA, V., “Medidas limitadoras de Derechos fundamentales en el proceso penal” en *Los retos del poder judicial ante la sociedad globalizada*, (Coord. NEIRA PENA, ANA; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN-J), Ed. Apagea, Galicia, 2 junio 2011.

GIMENO SENDRA, V., “*Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*” *Colex*, Madrid, 2007.

GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial jurídica Castillo de Luna, Madrid, 1993.

GISBERT CALABUIG F., “Jurisprudencia procesal penal”, Dialnet, primer cuatrimestre de 1971. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2786020.pdf>.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO N., “El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español”, Cuadernos de Derecho Público nº 5., Septiembre-Diciembre, 1998, p.191.

GONZÁLEZ RIVAS, J.J., Amparo judicial. *Jurisprudencia Constitucional práctica: laboral, penal, civil y contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1994.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., “La doctrina del fruto del árbol envenenado”, noticias jurídicas, 31 de marzo de 2015. Disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/8944-la-doctrina-del-fruto-del-arbol-envenenado/>.

MIRANDA ESTAMPRES, M., “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, Revista catalana de seguridad pública, mayo, 2010. Disponible en [file:///C:/Users/Asuncion/Downloads/194215-260507-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Asuncion/Downloads/194215-260507-1-PB%20(1).pdf).

MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>.

NICOLAS JIMÉNEZ, P., “Derechos fundamentales en la constitución española de 1978”, fundación Instituto roche, <https://institutoroche.es>, (disponible en [https://www.institutoroche.es/legalnaciones/3/iii\\_derechos\\_fundamentales.](https://www.institutoroche.es/legalnaciones/3/iii_derechos_fundamentales.)), enero, 2009, p2.

NOGUEIRA ALCALÁ “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales.” Ius Et Praxis, v.11, número 2, Talca, 2005.

OROMÍ VALL LLOBREGA, S., *Principios y garantías procesales*, Bosch procesal, 2013.

PELLEGRINI GRINOVER, A. “Pruebas Ilícitas”, Materiales de lectura del curso de Derecho Procesal Penal: Lecturas y Jurisprudencias. Julio-agosto del 2003. pp. 145.

PÉREZ CEBADERA M.A. “La prueba ilícita en el proceso civil”, El derecho, 2 de junio, 2011. Disponible en [http://www.elderecho.com/tribuna/civil/prueba-ilicita-proceso-civil\\_11\\_283555003.html](http://www.elderecho.com/tribuna/civil/prueba-ilicita-proceso-civil_11_283555003.html).

PRIETO SANCHÍS, L., “El juicio de ponderación”. Revista de Derecho público, 27 de noviembre, 2010, pp. 93-94. Disponible en <https://derechopublicomd.blogspot.com.es/2010/11/el-juicio-de-ponderacion-constitucional.html>.

SAAVEDRA ROJAS, E., Temas actuales de derecho procesal penal” Sextas jornadas de derecho procesal, UCAB, Caracas, 2003, p.403

SÁEZ VARCÁRCEL, R., (Coord. CARMONA RUANO, M.) *Hacia un nuevo proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

SÁENZ ROYO, E., *Manual de Derecho Constitucional I*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2017.

SOLETO MUÑOZ, H, “Parámetros Europeos de limitación de derechos fundamentales en el uso de datos de ADN en el proceso penal”, Revista general de derecho procesal número 38, Iustel, [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=9&numero=38](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=9&numero=38), (disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/24042#preview>) enero, 2016.

SOLOZABAL ECHEVARRÍA J.J., “Los derechos fundamentales en la constitución española”, Revista de estudios políticos, julio-septiembre, 1999. (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=26948>).

TAMAYO CARMONA, J.A., “El principio de publicidad del proceso, la libertad de información y el derecho a la propia imagen”, Revista boliviana de derecho número 15, Santa cruz de la sierra, enero, 2013. Disponible en [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2070-81572013000100015](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572013000100015).

URBANO CASTRILLO, E., “La desconexión de antijuridicidad en la prueba ilícita”, Legaltoday, diciembre, 2008. Disponible en <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/la-desconexion-de-antijuridicidad-en-la-prueba-ilicita>

YAÑEZ VELASCO, R., “El principio de inmediación y el derecho al recurso en el proceso penal”, VLEX información jurídica inteligente, pp. 579-598, consultado el 10-4-2018 a las 10:04. Disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/principio-derecho-recurso-proceso-penal-481094622>.