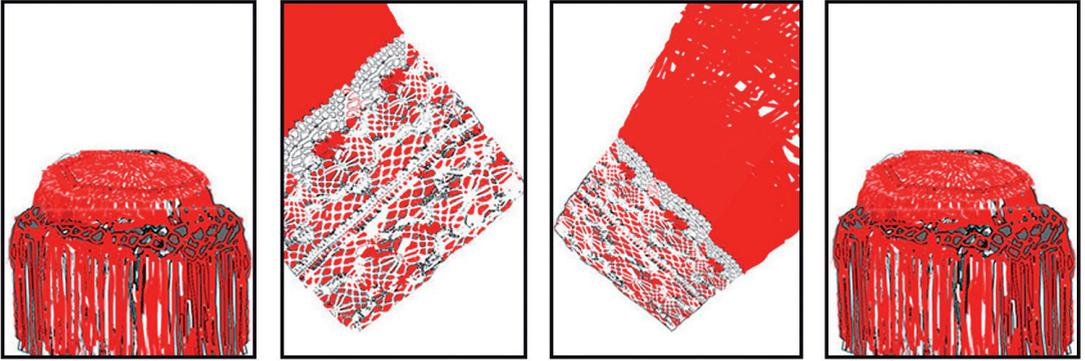


DERECHO PROCESAL



La prueba prohibida: ¿Del pasado ordálico al futuro garantismo? La doctrina y la jurisprudencia al descubierto

Margarita Simarro Pedreira

*Abogada, Doctora en Derecho e
investigadora como Colaboradora Honorífica
en la Facultad de Derecho de la Universidad de León*

Prólogo de

Piedad González Granda

Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de León

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN DE DERECHO PROCESAL

TÍTULOS PUBLICADOS

- Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso**, *M.^a Jesús Ariza Colmenarejo y Candela Galán González (Directoras)* (2009).
- La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)**, *José Luis González-Montes Sánchez* (2009).
- El Derecho y su garantía jurisdiccional (Estudios y comentarios de Derecho Procesal)**, *Juan Damián Moreno* (2009).
- Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental**, *Piedad González Granda* (2009).
- La imposición de costas en la primera instancia civil. Legalidad y discrecionalidad judicial**, *Pedro Álvarez Sánchez de Movellán* (2009).
- El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal**, *Eva Isabel Sanjurjo Ríos* (2010).
- Reflexiones para la reforma concursal**, *M.^a Jesús Ariza Colmenarejo y Candela Galán González (Coordinadoras)* (2010).
- La prueba pericial civil. Procedimiento y valoración**, *Eva Isabel Sanjurjo Ríos* (2013).
- ¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria? (La reestructuración parcial de la materia en la ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria)**, *Piedad González Granda* (2015).
- El fiador personal en la ejecución hipotecaria**, *Cristina Carolina Pascual Brotóns* (2015).
- La reforma del sistema interno de la extensión y límites de la jurisdicción española en el orden civil (Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, entre otras)**, *Piedad González Granda* (2016).
- De la nulidad procesal a la anulación del Derecho procesal. Jueces legisladores y corrupción de legalidad**, *Ricardo Yáñez Velasco* (2019).
- Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica**, *Piedad González Granda (Directora)* (2020).
- Los llamados colectivos vulnerables en el proceso penal**, *Susana Álvarez de Neyra Kappler* (2020).
- La prueba prohibida: ¿Del pasado ordálico al futuro garantismo? La doctrina y la jurisprudencia al descubierto**, *Margarita Simarro Pedreira* (2020).

COLECCIÓN DE DERECHO PROCESAL

Directora
PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de León

**LA PRUEBA PROHIBIDA:
¿DEL PASADO ORDÁLICO AL
FUTURO GARANTISMO?
LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA
AL DESCUBIERTO**

Margarita Simarro Pedreira
Abogada, Doctora en Derecho e
investigadora como Colaboradora Honorífica
en la Facultad de Derecho de la Universidad de León

Prólogo
Piedad González Granda
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de León

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2020

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2020)
ISBN: 978-84-290-2362-6
Depósito Legal: M-31280-2020
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España

Imprime: *Estilo Estugraf Impresores S.L.*

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

A Sara

PRÓLOGO

Me cabe la satisfacción de presentar un trabajo que, bajo el título de *La prueba prohibida: ¿del pasado ordálico al futuro garatismo? La doctrina y la jurisprudencia al descubierto*, será sin duda de gran utilidad a la hora de contribuir a clarificar el estudio de la materia objeto del mismo.

Pocas cosas puede haber más interesantes jurídicamente hablando que la encrucijada de intereses, muchas veces no bien advertida pero existente siempre en todo caso, entre las garantías procesales por un lado y la eficacia en el curso del proceso por otro. Encrucijada –recogida ya en la famosísima Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre– donde se fraguan las exclusiones probatorias, al resultar difícil el equilibrio entre la búsqueda de la verdad material en el proceso por un lado, y la garantía de los derechos de los ciudadanos –y en particular de los ciudadanos implicados en el ámbito de un proceso– por otro.

Se trata de un tema de reflexión constante, que se reactiva cada poco tiempo, generalmente al hilo de alguna reforma procesal puntual o bien de alguna decisión judicial concreta. Y es natural que así suceda, puesto que estamos hablando de tensión o encrucijada entre dos bienes muy destacables: garantías como derechos fundamentales por un lado, seguridad por otro.

La autora del presente libro, **Margarita Simarro Pedreira**, investigadora vocacional en el campo del Derecho Procesal, al tiempo que profesional del Derecho en su perspectiva práctica, ofrece al lector un conjunto ordenado de soluciones con las que poder afrontar con mejores armas los problemas que esta materia plantea en su aplicación por los Tribunales.

El interés por la materia ha sido una cuestión innegociable para ella, puesto que podríamos afirmar que es una diletante de la prueba prohibida, dada la pasión que ha plasmado en esta su primera monografía –que trae causa de la defensa de su Tesis Doctoral, por mi dirigida, Prueba prohi-

bida: un dilema y algunas paradojas. Análisis de perspectiva–, pero que venía de tiempo atrás, y buena muestra de ello es que el análisis de la jurisprudencia de EE.UU. ha sido minuciosamente realizado a lo largo del tiempo desde sus primeros años de ejercicio profesional.

Requiere de cierta intrepidez adentrarse en un terreno explorado –donde hay mucho escrito, si bien es verdad que casi siempre a golpe del último giro o de la última sentencia–, puesto que en tales casos hay que tener presente aquella vieja fórmula, enseñada asimismo por nuestros Maestros, de que ha de examinarse seriamente la cuestión y estar seguro de que se puede aportar algo nuevo. El resultado lo tiene el lector en sus manos y salva el escollo. A su indudable valor didáctico se une en esta monografía una fina disección de la problemática seleccionada, que le confiere una importante virtualidad práctica. Todo ello con un planteamiento ambicioso y una realización ordenada.

Desde mi punto de vista, el libro tiene innegables virtudes, y creo no equivocarme al afirmar que no se trata de un trabajo más, de entre los muchos que existen sobre la materia, puesto que una simple ojeada al índice da buena cuenta de una estructura original, que merece no solo un aplauso sino en primer lugar una aclaración. Y esta es que, en contra de lo que pudiere parecer, no hay en este libro capítulo introductorio alguno en el sentido de superfluo o prescindible. Por el contrario, particular mérito tienen las páginas de la obra dedicadas al análisis de las materias contenidas en los capítulos I (*El rechazo de la búsqueda de la verdad a cualquier precio como prelude de la prueba prohibida*) y II (*Análisis contextualizado de la prueba prohibida en la jurisprudencia norteamericana*). Porque efectivamente el planteamiento metodológico utilizado –y en concreto el modelo histórico y comparado– sirve a la autora, y muy especialmente al lector, para conseguir una mejor comprensión del punto en que nos encontramos y hacia dónde nos dirigimos, aislando debidamente los diversos problemas que plantea una materia tan compleja como interesante.

Con sencillez y claridad expositiva, analiza la autora las controversias doctrinales y las vacilaciones jurisprudenciales habidas en torno a todo un conjunto de cuestiones a las que la interpretación doctrinal y judicial ha venido dedicando especial atención, por cuanto, cuando se cumplen ahora treinta y cinco años de la escueta regulación contenida en el artículo 11.1.II de la Ley Orgánica del Poder Judicial, resulta evidente que esta ha mostrado algunos importantes puntos de fricción, lo que obliga a una inevitable labor interpretativa con el fin de suplir y resolver los problemas, en la medida de las posibilidades que el ordenamiento jurídico permite.

Frente a esta situación, de forma decidida y valiente, expone la autora el dilema desde el punto de vista de la oscilación pendular que se manifiesta en torno al acercamiento y al distanciamiento del garantismo inicial, en perjuicio en algunas ocasiones, o en beneficio en otras, de la búsqueda de la verdad como aspecto definidor de la prueba prohibida, constatando un claro reduccionismo manifestado en pro de la eficacia-seguridad. También pone de relieve la paradoja surgida desde el momento en que adoptamos la regla de exclusión probatoria original de un sistema diferente en tantos aspectos al nuestro, con todas sus consecuencias, como si fuese posible la realización de tal transposición sin más ajustes.

En verdad es ahí donde la problemática plantea mayor riqueza y complejidad. De modo que permite así la estructura de la obra adentrarse en el capítulo III (El inicio del fin y el futuro de la prueba prohibida en España) con los “deberes hechos”, estos es, sin necesidad de distraer innecesariamente al lector con incesantes referencias que de otro modo –esto es, en una exposición lineal – serían absolutamente inevitables.

En el libro que el lector tiene ahora en sus manos se analizan, al lado de aspectos de carácter dogmático tan fundamentales como el alcance de determinadas cuestiones conceptuales y terminológicas y propia la evolución jurisprudencial, otras de importancia no precisamente menor, como es el desarrollo individualizado de cada una de las excepciones, con especial referencia a la exclusión probatoria en el ámbito de la prueba tecnológica, o las reflexiones en torno a la *desconstitucionalización* de la prueba prohibida en conexión con el efecto disuasorio.

Critica la autora, con todo fundamento, la técnica legislativa, reprochando de manera explícita al legislador algunas omisiones poco justificables que son la causa de la inseguridad jurídica en que los operadores jurídicos actúan en esta materia. Y reclama una pronta reforma legislativa de la ley en algunos aspectos, así como cierto grado de consenso entre los principales operadores jurídicos, aún hoy inexistente a pesar del tiempo ya transcurrido, a fin de garantizar la deseable seguridad jurídica.

Pero asimismo toma postura decidida en su exposición respecto de la deriva a la que nos aboca la práctica de los tribunales, justificando pormenorizadamente cada una de las conclusiones que la misma extrae de la investigación realizada en esta parcela del derecho, lo cual resulta impecable desde el punto de vista metodológico, ello con independencia de que se compartan o no en toda su extensión.

Ha de destacarse de modo especial el valor de los anexos jurisprudenciales que acompañan a cada uno de los capítulos, fruto de un extraordinario trabajo y tendentes principalmente a facilitar la tarea de

búsqueda del operador jurídico, de modo que en vez de ubicarse –como viene siendo costumbre– en un apartado final del trabajo, se sitúan de un modo que podríamos calificar como dinámico, propiciando así, y de un modo extraordinario, la interacción del lector con el fruto del trabajo realizado en este punto.

Cabe afirmar, en fin, que el esfuerzo interpretativo e integrador realizado a partir del marco normativo y jurisprudencial realizado en esta monografía se plasma en un trabajo bien construido y con una innegable carga de densidad y profundidad, que sin duda habrá de facilitar un acercamiento, doctrinal y práctico, más certero a los problemas expuestos.

Por todo ello, hemos de felicitarnos todos por la vocación investigadora en el campo del Derecho Procesal que **Margarita Simarro Pedreira** manifiesta en esta su primera monografía, puesto que el trabajo aquí reflejado la acredita, sin lugar a dudas, como un interesante activo en el buen hacer jurídico.

En León, a 21 de agosto de 2020
PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de León

ABREVIATURAS

<i>AN</i>	Audiencia Nacional
<i>AP</i>	Audiencia Provincial
<i>ATS</i>	Auto del Tribunal Supremo
<i>art/arts</i>	Artículo/artículos
<i>BGHS</i>	Bundesgerichtsof (Tribunal Federal Supremo de Alemania)
<i>CD</i>	Compact Disc
<i>CE</i>	Constitución Española
<i>CEDH</i>	Convenio Europeo de Derechos Humanos
<i>Coord</i>	Coordinador, coordinadores
<i>CPT</i>	Comité Europeo para la prevención de la tortura
<i>CP</i>	Código Penal
<i>Dir.</i>	Director, directores
<i>DSL</i>	Digital Subscribe Line
<i>Ed.</i>	Editorial, editor
<i>EE.UU.</i>	Estados Unidos
<i>FJ/FFJJ</i>	Fundamento Jurídico/Fundamentos Jurídicos
<i>IMEI</i>	International Mobile Equipment Identity
<i>IMSI</i>	International Mobile Subscriber Identity
<i>IP</i>	Internet Protocol
<i>LEC</i>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<i>LECrím</i>	Ley de Enjuiciamiento Criminal
<i>LO</i>	Ley Orgánica
<i>LOPJ</i>	Ley Orgánica del Poder Judicial
<i>núm.</i>	número

<i>n.p.</i>	nota al pie
<i>ob. col.</i>	Obra Colectiva
<i>op. cit.</i>	Obra citada
<i>pág. / págs.</i>	página/páginas
<i>RD</i>	Real Decreto
<i>rev.</i>	revista
<i>secc.</i>	Sección
<i>SMS</i>	Short Message Service
<i>STS / SSTs</i>	Sentencia/sentencias del Tribunal Supremo
<i>STC / SSTC</i>	Sentencia/sentencias del Tribunal Constitucional
<i>TEDH</i>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>TC</i>	Tribunal Constitucional
<i>TS</i>	Tribunal Supremo
<i>TSJ</i>	Tribunal Superior de Justicia
<i>UE</i>	Unión Europea
<i>vol.</i>	Volumen

ÍNDICE

PRÓLOGO	7
ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I. EL RECHAZO DE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD A CUALQUIER PRECIO COMO PRELUDIO DE LA PRUEBA PROHIBIDA	23
1. La verdad frente a la certeza.....	23
2. De las ordalías y torturas al garantismo procesal.....	34
2.1. La ordalía, breve historia	36
2.1.1. Ordalías entre los romanos.....	38
2.1.2. Ordalías entre los Germanos	39
2.1.3. Ordalías en España. Época Medieval.....	42
2.2. La tortura.....	51
2.3. La confesión: La prueba estrella	60
2.4. El respeto a los derechos humanos: Los sistemas inquisitivo/ dispositivo	66
2.5. Activismo frente a garantismo	71
3. El derecho a la prueba. Construcción doctrinal y jurisprudencial ..	77
3.1. Doctrina científica.....	78
3.1.1. Fuentes y medios de prueba.....	84
3.1.2. Prueba Preconstituida y Prueba Anticipada	88
3.2. Doctrina jurisprudencial del derecho a la prueba.....	93
3.2.1. La Doctrina del Tribunal Constitucional.....	93
3.2.2. La Doctrina del Tribunal Supremo.....	96
4. Anexo jurisprudencial	98
4.1. Jurisprudencia relativa a la verdad formal/material	98
4.1.1. Tribunal Supremo	98

4.1.2. Tribunales Superiores de Justicia.....	99
4.1.3. Tribunal Supremo Federal Alemán	99
4.2. Jurisprudencia relativa a la tortura.....	99
4.2.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	99
4.2.2. Tribunal Constitucional Alemán.....	100
4.2.3. Tribunal Constitucional	100
4.2.4. Tribunal Supremo.....	101
4.3. Jurisprudencia relativa a la confesión.....	102
4.3.1. Tribunal Constitucional	102
4.3.2. Tribunal Supremo	103
4.4. Jurisprudencia relativa a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada	103
4.4.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	103
4.4.2. Tribunal Constitucional	104
4.4.3. Tribunal Supremo	105
4.5. Jurisprudencia relativa al derecho a la prueba	106
4.5.1. Tribunal Constitucional	106
4.5.2. Tribunal Supremo	108

CAPÍTULO II. ANÁLISIS CONTEXTUALIZADO DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA.....

1. Antecedentes: La situación en EE.UU.....	109
1.1. Consideraciones previas.....	112
1.1.1. El papel de la <i>Bill of Rights</i>	112
1.1.2. La estructura del proceso penal norteamericano.....	114
A. La investigación previa a la detención.....	115
B. La detención	115
C. Después de la detención	118
D. La audiencia preliminar.....	120
E. El Gran Jurado.....	120
F. Actos previos al juicio.....	121
G. Juicio.....	121
H. Las apelaciones.....	122
1.1.3. La elección de los jueces en la Corte Suprema Federal: liberales vs. conservadores	124
A. El inicio (1886-1952)	127
B. La Corte Warren (1953-1969)	131
C. La Corte Burguer (1969-1986).....	134
D. La Corte Rhenquist. La era de las excepciones (1986-2005).....	140
E. El declive de la <i>exclusionary rule</i> (2005-actualidad)	143

2. Perspectiva de la jurisprudencia norteamericana: desde Boyd vs. United States (1886) hasta Utha vs. Strieff (2016)	149
2.1. <i>The fruit or the taint of the poisonous tree doctrine</i>	157
2.2. Las excepciones	159
2.2.1. Excepciones que afectan a <i>the fruit or the taint of the poisonous tree doctrine</i>	160
A. La fuente independiente (<i>independent source</i>)	160
B. El descubrimiento inevitable (<i>the inevitable discovery doctrine</i>)	163
C. La conexión atenuada (<i>purged taint o attenuated connection doctrine</i>)	166
2.2.2. Excepciones que afectan a la prueba directa	168
A. La buena fe (<i>the good faith exception</i>)	168
2.2.3. Excepciones que afectan a momentos procesales específicos	169
A. Excepción de tacha (<i>impeachment exception</i>)	170
B. Error inocuo (<i>harmless error exception</i>)	171
3. Anexo jurisprudencial	173
3.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos	173
3.1.1. Sentencias influyentes de la jurisprudencia inglesa	173
3.1.2. Sentencias de la Corte Suprema Federal relativas a la <i>exclusionary rule</i>	173
3.1.3. Sentencias de otros tribunales de Estados Unidos relativas a la <i>exclusionary rule</i>	178
3.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema Federal relativa a cuestiones procesales, políticas y sociales	178

CAPÍTULO III. EL INICIO DEL FIN Y EL FUTURO DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN ESPAÑA

1. Análisis de la situación en España: el inicio	181
1.1. Cuestiones conceptuales y terminológicas	181
1.2. Evolución jurisprudencial en el sistema español	188
1.2.1. El origen	195
1.2.2. La eficacia refleja de la prueba prohibida	205
2. El presente (I): Las excepciones	211
2.1. Excepciones que afectan al efecto reflejo de la prueba prohibida	211
2.1.1. La fuente independiente	211
2.1.2. El descubrimiento inevitable	213
2.1.3. El hallazgo casual	216
2.1.4. El nexo causal atenuado	219
2.1.5. La conexión de antijuridicidad	220
2.1.6. La confesión voluntaria del imputado	225

2.2. Excepciones que afectan a la aplicación directa de la prueba prohibida	230
2.2.1. La buena fe	230
2.2.2. La entrada de nuevas excepciones: pruebas obtenidas por particulares y la ponderación de intereses	232
3. El presente (II): Especial referencia a la exclusión probatoria en la prueba tecnológica	233
3.1. Particularidades del procedimiento probatorio en el ámbito de la prueba tecnológica	233
3.1.1. Acceso a las fuentes de prueba. Las nuevas medidas de investigación en la LECrim	238
3.1.2. La cadena de custodia	260
3.1.3. Incorporación al proceso y valoración de la prueba.....	269
3.2. Los derechos en conflicto.....	278
3.2.1. El derecho a la intimidad vs. derecho al secreto de las comunicaciones	278
3.2.2. El derecho a la protección de datos	284
3.2.3. Los nuevos derechos tecnológicos	289
4. El futuro: causas del declive	293
4.1. La desconstitucionalización de la prueba prohibida: el efecto disuasorio	293
4.1.1. Efectos	294
4.1.2. La nueva excepción “excepcional”. Pruebas obtenidas por particulares. La Lista Falciani, STS 116/2017, de 23 de febrero	299
4.1.3. La ponderación de intereses.....	304
A. La ponderación de intereses como criterio jurisprudencial	304
B. La ponderación de intereses: ¿justificación implícita de la validez de la exclusión de la prueba prohibida?: La STS 587/2014, de 18 de julio. El caso Bretón	309
4.1.4. La ruptura de la cadena de custodia como posible excepción	315
4.2. Una visión de futuro alternativa	318
5. Anexo jurisprudencial	328
5.1. Jurisprudencia relativa a la regla de exclusión probatoria	328
5.1.1. Tribunal Constitucional	328
5.1.2. Tribunal Supremo	330
5.1.3. Audiencias provinciales.....	335
5.2. Jurisprudencia relativa a la prueba electrónica.....	335
5.2.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	335
5.2.2. Tribunal Constitucional	336
5.2.3. Tribunal Supremo	338

5.3. Jurisprudencia relativa a los derechos en conflicto en relación con la prueba electrónica	341
5.3.1. Derecho a la intimidad	341
A. Tribunal Constitucional	341
B. Tribunal Supremo	342
5.3.2. Derecho a la protección de datos	343
A. Tribunal Constitucional	343
B. Tribunal Supremo	343
5.3.3. Derechos tecnológicos	344
A. Tribunal Constitucional	344
B. Tribunal Supremo	344
5.4. Jurisprudencia relativa a otros temas	344
5.4.1. Principio de no indagación	344
5.4.2. Cadena de custodia	344
BIBLIOGRAFÍA	347
Webgrafía	359

Este libro se ocupa de analizar los problemas que plantea la prueba prohibida en la actualidad, incluida la parte correspondiente a la prueba en sí misma en la era digital, y plantear las posibles alternativas para mantener un criterio garantista, propio de sus orígenes, acudiendo a la evolución que ha sufrido desde su aparición jurisprudencial, consolidada a través de la legislación y cuyo fundamento se encuadraba dentro de las garantías constitucionalmente reconocidas de los derechos fundamentales afectados, hasta llegar a su posible extinción alentada por los nuevos criterios jurisprudenciales.

A la vista del trabajo realizado se puede observar que sobre la materia de prueba prohibida se han realizado numerosos estudios dando lugar, por una parte, a una ingente doctrina y, por otra, a resoluciones jurisprudenciales interpretativas del art. 11 de la L.O.P.J y de los derechos fundamentales que dicho artículo protege sin que se haya podido concluir que aporten una, o varias, soluciones a un problema tan complejo, como es el difícil equilibrio entre la seguridad del Estado y el respeto garantista de los derechos fundamentales implicados, y que contiene múltiples matices.

Igualmente se acude un estudio de derecho comparado, aspecto éste necesario como elemento de contrastación derivado de la jurisprudencia norteamericana, germen de la prueba prohibida, a la par que se hace una breve referencia a la estructura y al sistema judicial y procesal de Estados Unidos y al que se añade el carácter político en la elección de su judicatura, para así poder llegar a un mejor entendimiento del nacimiento de la *exclusionary rule* y su posterior evolución.