

LA PRUEBA ILEGALMENTE OBTENIDA

Carmen M.^a Zamorra Álvarez



eBook en www.colex.es

1.^a EDICIÓN



LA PRUEBA ILEGALMENTE OBTENIDA

1.ª EDICIÓN

Carmen M.ª Zamarra Álvarez

Magistrada

*Letrada del Gabinete Técnico de la
Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*

COLEX 2022

Copyright © 2022

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Carmen M.^a Zamarra Álvarez

© Editorial Colex, S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial)

A Coruña, C.P. 15004

info@colex.es

www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-473-6

Depósito legal: C 495-2022

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO 1. PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA IRREGULAR.	11
CAPÍTULO 2. EFECTOS REFLEJOS	19
2.1. Doctrina constitucional	20
2.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo	23
CAPÍTULO 3. DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.	31
3.1. Sentencia del TEDH, Schenk v. Suiza, de 12 de julio de 1988.	32
3.2. Sentencia del TEDH, Khan v. Reino Unido, de 12 de mayo de 2000	34
3.3. Sentencia de la Gran Sala del TEDH, Jalloh v. Alemania, de 11 de julio de 2006	38
3.4. Sentencia de la Gran Sala del TEDH, Bykov v. Rusia, de 10 de marzo de 2009	45
3.5. Sentencia de la Gran Sala del TEDH, Bărbulescu v. Rumanía, de 5 de septiembre de 2017 (sentencia Bărbulescu II)	49
3.6. Sentencia del TEDH, Libert v. Francia, de 22 de febrero de 2018 (final de 2 de julio de 2018)	53
3.7. Sentencia de la Gran Sala del TEDH, López Ribalda y otros v. España, de 17 de octubre de 2019	54
CAPÍTULO 4. DESCONOCIMIENTO, LIMITACIÓN O PERTURBACIÓN DE LOS DERECHOS DEL ACUSADO.	61
4.1. Derecho a no declarar y a no confesarse culpable	61
4.1.1. La confesión del encausado.	62
4.1.2. Derecho a guardar silencio y a no inculparse	90
4.1.3. Derecho a no colaborar	94
4.2. Derecho a la integridad física	97
4.3. Derecho a la intimidad.	112
4.3.1. Intimidad personal	112
4.3.2. Inviolabilidad domiciliaria	121
4.3.3. Derecho a la intimidad y a la propia imagen	144

SUMARIO

4.4. Derecho al secreto de las comunicaciones.	167
4.4.1. Comunicaciones postales y telegráficas	167
4.4.2. Comunicaciones telefónicas y telemáticas.	176
4.5. Derecho a la protección del entorno virtual	202
CAPÍTULO 5. DESCONOCIMIENTO, LIMITACIÓN O PERTURBACIÓN DE LAS NORMAS QUE DISCIPLINAN LA PRUEBA	211
5.1. La declaración del acusado	214
5.2. Las diligencias de reconocimiento	222
5.3. La prueba de ADN	229
5.4. La entrada y registro en lugar cerrado	236
5.4.1. La presencia del Letrado de la Administración de Justicia en la práctica del registro.	242
5.4.2. La presencia del investigado-detenido en la práctica del registro.	247
5.4.3. Los hallazgos casuales	252
5.5. La apertura y registro de correspondencia.	257
5.6. La incorporación al juicio de las intervenciones telefónicas y telemáticas.	261
5.6.1. Los descubrimientos casuales.	276
5.7. Otras medidas de investigación tecnológica.	283
5.7.1. Captación y grabación de comunicaciones orales	283
5.7.2. Captación y grabación de imágenes	284
5.7.3. Dispositivos de seguimiento	285
5.7.4. Registros de dispositivos y equipos informáticos.	286
CAPÍTULO 6. ARDIDES O TRAMPAS	291
6.1. El agente encubierto	297
6.2. El agente provocador.	317
CAPÍTULO 7. LA OBTENCIÓN ILEGAL DE LA PRUEBA POR PARTICULARES	329
ÍNDICE ANALÍTICO	369

INTRODUCCIÓN

El proceso penal, en tanto dirigido a la investigación del delito y a la identificación de sus responsables, cuenta con los más amplios medios de investigación, capaces de limitar o restringir los derechos fundamentales del ciudadano. El derecho a la integridad física o a la intimidad, personal y familiar, y a la propia imagen, además del secreto de las comunicaciones o el derecho a la protección del llamado entorno virtual, pueden ceder ante la necesidad de averiguar y hacer constar la perpetración de un delito grave.

La Constitución Española proclama que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, proscribiendo la tortura y los tratos inhumanos (art. 15), además de garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1), a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3). En su virtud, nos dice el texto constitucional, la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos (art. 18.4).

En parecidos términos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia (art. 8.1), y, por ende, no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de estos derechos, sino en tanto esta injerencia esté prevista en la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria, entre otros fines, para la defensa del orden y la prevención del delito o la protección de los derechos y de las libertades de los demás (art. 8.2).

En definitiva, tales derechos fundamentales, por más que gocen de un rango constitucional, no son absolutos, sino que admiten modulaciones o limitaciones, siempre sometidas a los presupuestos legal y jurisprudencialmente establecidos y sin los cuales, la prueba habrá sido ilegalmente obtenida.

Mucho se ha discutido sobre si el proceso penal debe tender a la búsqueda de la verdad material o de la verdad formal. Adoptar un sistema de enjuiciamiento penal que se basa en la primera, implica que la investigación debe estar orientada a la averiguación de lo realmente sucedido, con lo que no conoce de límite alguno. Por el contrario, cuando se busca una verdad formalizada, se impone el respeto a ciertos límites infranqueables, represen-

tados por las garantías y derechos fundamentales del investigado. De esta manera, la obtención de la justicia material debe ceder frente a la necesaria garantía del proceso debido, con el consiguiente aseguramiento de los derechos del investigado.

No faltan autores que, incluso hoy en día, defienden el principio de que el proceso penal debe buscar la verdad material. Sin embargo, entendemos más acertada la postura de aquellos otros que consideran que la justicia penal, por más que tienda a tutelar los intereses más dignos de protección, debe someter esa búsqueda a los parámetros marcados por la Constitución¹.

Sobre esto último, bien conocida es la cita del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en su sentencia de 14 de junio de 1960 (BGHS 14, 358, 365), que afirma que «*no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga una investigación de la verdad a cualquier precio*».

En suma, toda limitación o supresión de estos derechos, aún motivada por la necesidad de investigar un delito, debe estar amparada en la ley y reunir una serie de garantías para el investigado, esenciales para la obtención de una prueba válida que pueda servir a los fines de la instrucción y posterior enjuiciamiento.

En la presente obra, abordaremos el tratamiento jurisprudencial de la prueba ilegal, su ineficacia y la extensión de la misma. Todo ello, según la más reciente jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, debidamente analizada y clasificada por materias y, siempre teniendo en cuenta y examinando también la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1 Al respecto véase, BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, JACOBO, *Tratado de derecho procesal penal* (7.ª ed.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2019, págs. 265 y 266, 1.572 a 1.579.

CAPÍTULO 1

PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA IRREGULAR

Al abordar el tema de la prueba ilícita, lo primero que cabe advertir es que no hay una uniformidad en su tratamiento. Se habla de prueba prohibida, prueba ilegal o, incluso, de prueba ilícitamente obtenida. Esto se debe a que es una materia sujeta a una enorme casuística. Como veremos, determinada prueba, por la materia sobre la que recae, puede ser ilícita en sí misma; o, por el contrario, puede suceder que, siendo lícita, haya sido obtenida irregularmente, al haberse vulnerado en su práctica las normas y garantías que disciplinan dicha prueba.

En una primera aproximación, podemos distinguir entre la prohibición de practicar la prueba y la prohibición de valorar la prueba. Y, a su vez, dentro de este primer supuesto, cabe diferenciar entre las prohibiciones sobre el tema, los medios o los métodos de obtención de la prueba y las prohibiciones condicionales de la prueba².

a) Prohibiciones que afectan al tema sobre el que versa la prueba.

Piénsese en una materia clasificada como secreta o reservada, con arreglo a la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales (modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre). Es claro que solo los órganos y las personas debidamente facultadas pueden tener conocimiento de tales «materias clasificadas» (art. 8.a); y que su contenido no puede ser utilizado fuera de los límites establecidos por la Ley, so pena de incurrir en sanción penal o disciplinaria (art. 13). Por tanto, toda prueba que versase sobre el contenido de alguna de estas materias sería en sí misma, una prueba ilícita, al referirse a una materia expresamente prohibida.

2 Sobre esta materia, véase BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, JACOBO, *Tratado de derecho procesal penal* (7.ª ed.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2019, págs. 1.679 a 1.688.

b) Prohibiciones que recaen sobre los medios de prueba.

Tal sería el caso, por ejemplo, de las testificales de los parientes próximos del encausado que se acojan al derecho de dispensa consagrado por el art. 416 de la LECrim. La testifical, como tal, es una prueba lícita, pero no podrá practicarse válidamente si el pariente con derecho a la dispensa hace uso legítimo del mismo.

Tampoco las testificales anónimas podrán servir de medio de prueba apto y válido para fundar un fallo condenatorio. Ciertamente, la doctrina jurisprudencial, tanto nacional como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha admitido la legalidad de la utilización de las fuentes anónimas o confidenciales de información, pero siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como pruebas de cargo (STEDH Kostovski v. Países Bajos, de 20 de noviembre de 1989, § 44; o STEDH Windisch v. Austria, de 27 de septiembre de 1990, § 44). Tal vez la confidencia puede servir de base para el inicio de una investigación policial, tendente a confirmar o corroborar la misma, pero un testimonio anónimo, fuera de los casos legalmente contemplados³, nunca podrá, por sí solo, amparar la adopción de una medida de investigación restrictiva de derechos fundamentales, menos aún conformar el cuadro probatorio de cargo que permita fundar una sentencia condenatoria.

Es polémico el anonimato, no obstante, expone la **STS, N.º 492/2016, de 8 de junio, ECLI:ES:TS:2016:2557**, que *«en la fase preliminar de las investigaciones, la Policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. (...) como indica la sentencia de esta Sala, 203/2015, de 23 de marzo, “la mera mención de fuentes confidenciales no es suficiente para justificar tal invasión en los derechos fundamentales y así se ha pronunciado esta Sala en numerosas ocasiones, como es exponente la Sentencia 1497/2005, 13 de diciembre, en la que se recordaba que las noticias o informaciones confidenciales, aunque se consideren fidedignas, no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de los derechos fundamentales (cfr. STC 8/2000, 17 de enero). Igualmente, no será suficiente por regla general, con la mención policial que se limita a justificar la petición en alusión a fuentes o noticias confidenciales»*.

No obstante, añadíamos: “si la confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a contrastar la verosimi-

3 Sobre el testigo anónimo y el testigo oculto, véase, ZAMARRA ÁLVAREZ, CARMEN M.ª, *Derechos y Garantías del Investigado en el Proceso Penal*, Editorial Colex, La Coruña, 2021, págs. 598 a 608.

litud de la imputación. Confidencia, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que habrán de venir referidas tanto al indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida. En este mismo sentido se han expresado, entre otras muchas, las SSTS 1047/2007, 17 de diciembre y 25/2008, 29 de enero; 141/2013, 15 de febrero y 121/2010, 12 de febrero"».

Jurisprudencia

Son nulas las intervenciones telefónicas acordadas sobre la base de una llamada anónima

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N.º 33/2020, de 4 de febrero. ECLI:ES:TS:2020:287

En el caso, el Tribunal Supremo desestima el recurso formulado por el Ministerio Fiscal, confirmando la decisión de la Audiencia Provincial que declaró la nulidad de las intervenciones telefónicas acordadas. Los indicios suministrados por los investigadores (limitados a la posible relación de los investigados con el tráfico de estupefacientes y una llamada anónima) eran insuficientes para autorizar la medida de injerencia en los derechos fundamentales del investigado.

«Como hemos dicho, entre otras en la SSTS 482/2016, de 3 de junio, 339/2013 de 20 de marzo y las que en ellas se citan, para que una información anónima en su origen pueda servir de base a una intervención telefónica no es absolutamente imprescindible que conste la identidad de la fuente, pero sí que la información se haya corroborado por indagaciones posteriores.

Han de ponerse en manos del Juez datos objetivos que le permitan discriminar entre un rumor o una vaga sospecha o una información confidencial inconcreta, insuficientes para una injerencia en el secreto de las comunicaciones; y los indicios, con el alcance del término antes expuesto, que habilitan este tipo de medidas. Muchas veces las informaciones confidenciales son finalmente sustituidas a efectos de reclamar la intervención por un conglomerado de elementos objetivos que se han recabado en unas indagaciones previas (SSTS 578/2012 de 26 de junio o 658/2012 de 13 de julio). En otras ocasiones, informaciones confidenciales y comprobaciones ulteriores interactúan complementándose recíprocamente. Cuando las informaciones vienen avaladas por datos corroboradores, o ellas mismas son las que funcionan como elemento confirmador de otros, sin necesidad de desvelar la identidad del informador (STS 834/2009 de 29 de julio), pueden conformar la base indiciaria necesaria para una intervención de las comunicaciones (SSTS 27/2004 de 13 de enero o 77/2007 de 7 de febrero).

Confirmación que en este caso no se da. (...) toda la investigación policial ofrecida, meramente indica la posibilidad de que los sujetos investigados podrían dedicarse al tráfico de drogas; pero en modo alguno se ofrece el más mínimo protoindicio, ni siquiera sospecha de su relación con el alijo del buque Nordmark.

(...) Lo narrado por esa voz anónima (y por la indicada por remisión del oficio policial a otro informe policial) nada acredita, cuando era precisamente, el contenido de lo afirmado lo que tendría que ser objeto de acreditación (STS 203/2016, de 10 de marzo)».

Son válidas las intervenciones telefónicas acordadas sobre la base de unas informaciones anónimas confirmadas por una investigación posterior

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N.º 537/2018, de 8 de noviembre. ECLI:ES:TS:2018:4557

A diferencia del supuesto anterior, en el caso analizado en esta sentencia, el Tribunal Supremo descarta los alegatos de los recurrentes, que afirmaban que la información anónima no podía valorarse en ningún caso para la adopción de una medida restrictiva de derechos fundamentales.

«Unas informaciones anónimas, aisladas y sin más complemento jamás serán idóneas para justificar una intervención telefónica si se mantiene blindada la identidad del informante frente al órgano judicial. La absoluta imposibilidad por parte del Juzgador de contrastar o ponderar la solidez de la información o la credibilidad de la fuente convertirían al Juez en un mero convalidador de la estimación policial. Carecería de capacidad para hacer, como exige una medida de esta naturaleza, una valoración propia y autónoma edificada sobre datos objetivos. Por eso no basta con que la Policía en virtud de sus propias valoraciones asentadas sobre bases que no comparten con el juzgador, tilde a tales fuentes de muy fiables.

Ahora bien, esas informaciones confidenciales pueden y deben desencadenar una investigación policial si gozan de verosimilitud. Si a raíz de ella se obtienen datos que les confieren credibilidad pues son coherentes con lo relatado por la fuente anónima, y cobran una explicación lógica desde la hipótesis suministrada confidencialmente; no cabe hacer abstracción de esas informaciones anónimas, como si no existiesen. Cuando lo que han transmitido se confirma a través de la obtención de otros datos habrá que valorar aquéllas y éstos.

El dato objetivo aportado por la policía de que fuentes anónimas señalan a determinadas personas como implicadas en actividades de importación y distribución de estupefaciente, es también valorable, aunque insuficiente por sí solo. Pero no es desdeñable que la investigación se inicia no por intuiciones policiales sino por informaciones suministradas por quienes además proporcionan datos concretos como se deduce del oficio inicial. La credibilidad de esas informaciones se ve reforzada y apuntalada por la comprobación de que en efecto hay signos externos objetivos que sugieren claramente relaciones con esa actividad delictiva ilícita».

c) Prohibiciones que se refieren a los métodos de obtención de la prueba.

Entre estas pruebas prohibidas, suelen incluirse las obtenidas por medio de tortura⁴, expresamente proscrita, como vimos, por nuestra Constitución (art. 15); pero también por el Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (art. 3), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 7) e, incluso, por el propio Código Penal (art. 174).

Asimismo, podríamos incluir aquí otros métodos de prueba, como la hipnosis, el narcoanálisis o el detector de mentiras. No es pacífica la doctrina en este punto, pero el Tribunal Supremo no se ha mostrado proclive a admitir la validez de estos medios de prueba.

Jurisprudencia**No se admite el valor probatorio de la confesión efectuada por el método del narcoanálisis****Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 22 de mayo de 1982, ECLI:ES:TS:1982:775**

La sentencia analiza las quejas del recurrente (condenado por un delito de homicidio), que denunciaba la vulneración de sus derechos fundamentales con motivo de la denegación de la prueba consistente en que el procesado declarase o confesase, previamente tratado o inyectado con «Pentotal Sódico» u otro producto similar para demostrar su inocencia. En particular, la Sala aborda la eventual admisibilidad de este método y concluye que fue correctamente denegada la práctica de la prueba.

«Cdo: que el principio de verdad material que preside el proceso penal y el indudable valor de la confesión del inculcado como medio para obtenerla llevaron su atención a la psicología experimental para dotar al Derecho de un medio de obtener la confesión o, al menos, cierta evidencia de culpabilidad, que, amparándose en la turbación moral, llegó a tener algún predicamento, aplicando la tesis de ideas en conjunción con el tiempo reacción, hasta llegar a la moderna psicología y psicoterapia mediante el narcodiagnóstico, narcosugestión, narcohipnosis, narcosíntesis y narcocatarsis, conceptos todos ellos indicativos de que la psicoterapia de que se valen se consigue mediante el empleo de métodos en que el vehículo adecuado es un narcótico administrado al organismo, por vía endovenosa y lentamente, y que provoca en el sujeto receptor una liberación de

4 En este sentido, véase también el capítulo correspondiente a la Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

inhibiciones que le llevarán a declarar la verdad en tanto en cuanto se encuentren bajo la influencia de la droga, y de ahí su común y en un tiempo feliz expresión de suero de la verdad, y que llevan al sujeto a un estado de narcosis y que se patentiza por somnolencia, obnubilación y, finalmente, pérdida de la sensibilidad y de la conciencia, aun cuando, hoy por hoy hayan sido sometidas a nuevas revisiones las conclusiones de antaño, restándoles fiabilidad y afirmando que no han logrado la aceptabilidad científica para establecer la verdad en los términos absolutos con que antes se predicaba».

«Cdo: Que de entre los narcóticos que han encontrado más aceptación en las pruebas clínicas se encuentra el privenal, el evipán sódico, el amytal sódico Lilly, la methedrina y el eunarcón y sobre todo el pentothal sódico, que logró el palmarés con holgada exageración sensacionalista al recabar para sí el talismán de suero de la verdad, y aun cuando se ha llegado a afirmar, con harto optimismo, que sus resultados son reales, absolutos y sorprendentes y que no pasan del riesgo que supone la administración de una simple inyección endovenosa, es lo cierto que la polémica entre científicos y clínicos y psiquiatras las disenciones y recelos se oponen a aquellos otros, señalando éstos toda una serie de precauciones, contraindicaciones y peligros, llegándose incluso a señalar, por algunos investigadores ingleses, la posibilidad, aunque realmente rarísima, de provocar síncope mortales por inhibición con el uso del pentotal».

«Cdo: Que, como no podía por menos de suceder, el narcoanálisis encontró su asiento en el Derecho procesal y juristas y Tribunales han tomado posturas diamétricamente opuestas a la par que en el terreno científico y clínico ocurría, desde su aceptación plena, a su adopción con recelos, para llegar a la postura extrema de su erradicación de los medios probatorios».

«Cdo: Que, en trance de tomar partido, una primera objeción obliga a entender que el uso del pentothal, o de otro de los narcóticos comercializados, que no se está ante un supuesto puro y específico de confesión del inculpado, sino que su uso participa más de la técnica pericial que de la testimonial, cuando no supone una simbiosis o maridaje de ambas; pero si esta primera objeción podría salvarse mediante el juego de un criterio de apertura –contrario al numerus clausus en los medios probatorios en aras de la consecución de la verdad material–, principio cardinal del proceso penal, la falta de fiabilidad de sus resultados, los eventuales peligros que su empleo entra a, y, sobre todo, la seria objeción que supone su admisión indiscriminada, llevarían a conculcar los principios de legalidad estudiados al principio, en tanto en cuanto supondrían una forma indirecta y torticera de obtener la confesión del reo, y, a la postre, porque supondría un desprecio de la persona humana en tanto en cuanto representaría el aniquilamiento de los resortes psíquicos y físicos del ser humano».

En relación con el detector de mentiras o polígrafo, la STS, N.º 833/2010, de 29 de septiembre, ECLI:ES:TS:2010:4957, avaló, asimismo, la denegación de esta prueba, bajo el razonamiento de que la misma *«no puede reemplazar la función de los Tribunales de valorar las pruebas practicadas en el acto*

del juicio oral bajo los principios de publicidad, inmediación y oralidad, y que se trata de una prueba que no tiene reconocida ninguna validez en el ordenamiento jurídico español».

d) Prohibición condicional de la prueba.

Se trataría aquí de aquellas pruebas que deben ser practicadas de cierta forma o en presencia o por determinadas personas (por ejemplo, la apertura de correspondencia, las entradas y registros o los reconocimientos en rueda).

Es patente que una prueba obtenida con violación de las prohibiciones antedichas es ilícita en sí misma; pero esta prohibición, en algunas ocasiones, supone un problema de prueba defectuosamente practicada, en tanto que no se han respetado las normas que disciplinan la prueba. Esto es, la prueba ha podido ser acordada con pleno amparo en las disposiciones legales que justifican la restricción de algún derecho fundamental (piénsese en una entrada y registro judicialmente autorizada) y, sin embargo, es durante su práctica cuando no se respetan las condiciones en que dicha diligencia debe practicarse (por ejemplo, porque no se encuentren las personas a cuya presencia debe realizarse).

En esto radica la diferencia entre la prueba ilegal y la llamada prueba irregular y es, sin lugar a dudas, una de las cuestiones más discutidas en relación con la prueba ilícita y la extensión de sus efectos.

Así, para un sector doctrinal y jurisprudencial, solo la prueba ilegal, en tanto obtenida con violación de un derecho fundamental, carece de valor probatorio, y no encuentran óbice alguno a la valoración de la prueba que no tiene tal carácter. Por su parte, otros autores adoptan una postura intermedia, de tal forma que consideran que, cuando lo transgredido no es un derecho fundamental, debe atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso en concreto (los intereses en conflicto, la indefensión sufrida o su eficacia misma) para determinar si la prueba en cuestión es o no valorable.

Finalmente, un tercer sector ha optado por una postura mucho más garantista, pues niega tal diferenciación y mantiene una total indiferencia, de tal manera que resulta enteramente irrelevante que la prueba se haya obtenido con vulneración de algún derecho fundamental o por medio de otra irregularidad, aun sin alcance constitucional. Para estos autores⁵, la prueba obtenida con infracción de las normas que la disciplinan sería igualmente inválida, bien porque la Constitución solo permite la utilización de «*los medios de prueba pertinentes para su defensa*» (art. 24 CE), y una prueba así obtenida no puede estimarse pertinente; o bien, incluso, porque sería contraria al derecho a un proceso «*con todas las garantías*» (art. 24.2 CE), cuyo rango constitucional es indiscutible.

⁵ Al respecto, véase BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, JACOBO, *Tratado de derecho procesal penal* (7.ª ed.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2019, págs. 1.647 a 1.668, 1.703 a 1.704.

LA PRUEBA ILEGALMENTE OBTENIDA

El proceso penal cuenta con los más amplios medios de investigación, capaces de limitar o restringir los derechos fundamentales del ciudadano. Limitaciones que, aún motivadas por la necesidad de investigar un delito, deben estar amparadas en la Ley y reunir una serie de garantías para el investigado, esenciales para la obtención de una prueba válida, y sin las cuales la prueba habrá sido ilegalmente obtenida.

La presente obra aborda el tratamiento completo y sistematizado de la prueba ilegal, su ineficacia y la extensión de sus efectos, directos y reflejos. El estudio comienza con un breve análisis de las prohibiciones en materia probatoria y de la doctrina constitucional y jurisprudencial; si bien se trata de una obra eminentemente práctica, que aspira a resolver las dudas más frecuentes en la materia. Para ello, se estructura en dos bloques, dedicados, el primero, a la ilicitud probatoria derivada de la violación de los derechos del encausado (silencio, integridad física, intimidad, entorno virtual), y, en el segundo, por infracción de las normas que disciplinan cada medio de prueba. Asimismo, se examinan los métodos de investigación prohibidos y las figuras del agente encubierto y del agente provocador; así como la obtención ilegal de la prueba por particulares. Todo ello, según la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, debidamente analizada y clasificada por materias, y siempre teniendo en cuenta y examinando también la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.



CARMEN M.ª ZAMARRA ÁLVAREZ

Carmen M.ª Zamorra Álvarez (1979) natural de Madrid. Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid en el año 2003. Accedió a la carrera judicial el 11 de julio de 2005 y desde entonces ha desarrollado su actividad profesional en la Administración de Justicia, primero, como Juez, y desde el año 2012, como Magistrado-Juez. En el año 2018, ingresó en el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, donde actualmente presta servicios como Letrada del Gabinete Técnico de la Sala de lo Penal del Alto Tribunal.

PVP: 20,00 €

ISBN: 978-84-1359-473-6



9 788413 594736