

# La prueba prohibida a debate

II JORNADAS INTERNACIONALES  
DE DERECHO PROCESAL



Universidad de Oviedo

# **LA PRUEBA PROHIBIDA A DEBATE**

**II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal**



**Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín**

Director

**José María Roca Martínez**

Secretario académico

# LA PRUEBA PROHIBIDA A DEBATE

II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal



Universidad de Oviedo



PID2020-114707GB-I00





Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada (by-nc-nd): No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.



Usted es libre de copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, bajo las condiciones siguientes:



Reconocimiento – Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el licenciador:

Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín (director); José María Roca Martínez (secretario académico). (2022).  
LA PRUEBA PROHIBIDA A DEBATE. II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal.  
Universidad de Oviedo.

La autoría de cualquier artículo o texto utilizado del libro deberá ser reconocida complementariamente.



No comercial – No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin obras derivadas – No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

© 2022 Universidad de Oviedo

© OV-PROC Grupo de investigación de la Universidad de Oviedo

Algunos derechos reservados. Esta obra ha sido editada bajo una licencia Reconocimiento-No comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional de Creative Commons.

Se requiere autorización expresa de los titulares de los derechos para cualquier uso no expresamente previsto en dicha licencia. La ausencia de dicha autorización puede ser constitutiva de delito y está sujeta a responsabilidad.

Consulte las condiciones de la licencia en: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.es>

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo

Edificio de Servicios - Campus de Humanidades

33011 Oviedo - Asturias

985 10 95 03 / 985 10 59 56

[servipub@uniovi.es](mailto:servipub@uniovi.es)

[www.publicaciones.uniovi.es](http://www.publicaciones.uniovi.es)

ISBN: 978-84-18482-45-8



# LA PRUEBA PROHIBIDA A DEBATE

## II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal

**Alejandro T. Abascal Junquera**

*Magistrado Audiencia Nacional*

**Laura Álvarez Suárez**

*Doctora y jueza sustituta*

**Julio F. Carbajo González**

*PTU Derecho Civil (UNIOVI)*

**Sonia Calaza López**

*CU Derecho Procesal (UNED)*

**Ana Carrillo del Teso**

*PCD Derecho Procesal (USAL)*

**Luis A. Cucarella Galiana**

*CU Derecho Procesal (UVA)*

**Jesús M. Chamorro González**

*Presidente TSJ Principado de Asturias*

**Xulio Ferreiro Baamonde**

*PTU Derecho Procesal (UdC)*

**Carlo Vitorio Giabardo**

*Doctor, investigador (UdG)*

**José Carlos Gómez de Liaño Polo**

*PTU Derecho Procesal (UNIOVI)*

**Ignacio González del Rey Rodríguez**

*CU Derecho del Trabajo (UNIOVI)*

**Jesús Miguel Hernández Galilea**

*PTU Derecho Procesal (UNIOVI)*

**Alejandro Huergo Lora**

*CU Derecho Administrativo (UNIOVI)*

**Concepción Iglesias García**

*PTU Derecho Procesal (UNIOVI)*

**Marcos Loredó Colunga**

*PTU Derecho Procesal (UNIOVI)*

**Renato Machado de Souza**

*Doctor, Director Acuerdos Lenidad (Brasil)*

**Ilda Méndez López**

*Doctora, LAJ y Asociada (UNIOVI)*

**Antonio del Moral García**

*Magistrado Tribunal Supremo (2ª)*

**Isabel Nuques Martínez**

*Notaria (Ecuador)*

**Luis Pérez Fernández**

*Abogado ICAO y asociado (UNIOVI)*

**Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín**

*CU Derecho Procesal (UNIOVI)*

**José Luis Rebollo Álvarez**

*Abogado ICAO y asociado (UNIOVI)*

**Amparo Renedo Arenal**

*PCD Derecho Procesal (UNICAN)*

**José María Roca Martínez**

*PTU Derecho Procesal (UNIOVI)*

**Nicolás Rodríguez-García**

*CU Derecho Procesal (USAL)*

**Manuela Andrea Rodríguez Morán**

*Doctora, abogada ICAO y asociada (UNIOVI)*

**Julián Sánchez Melgar**

*Magistrado Tribunal Supremo*

**Gabriel Yovany Suquí Romeral**

*Doctor, profesor UT Machala (Ecuador)*

**Ernesto Tuñón Oyón**

*Abogado ICAO*



## INDICE

INDICE .....	7
PRESENTACIÓN .....	9
INAUGURACIÓN.....	11
MESA 1	
LA PRUEBA PROHIBIDA. CUESTIONES GENERALES.....	15
La prueba prohibida a debate. Agustín J. Pérez-Cruz Martín .....	16
Convencionalidad y prueba prohibida. Luis A. Cucarella Galiana .....	18
El elemento subjetivo de la ilicitud de la prueba. La ilicitud cometida por particulares. Amparo Renedo Arenal .....	21
Ausencia de efectos de la prueba prohibida y nulidad de los actos procesales. Jesús M. Hernández Galilea .....	24
MESA 2	
LA PRUEBA PROHIBIDA Y EL TEDH .....	29
Ilícitud probatoria: caso Guateque Falciani y Barbulescu. Alejandro T. Abascal Junquera .....	29
La prueba prohibida aportada por particulares: del TS al TEDH. Ana Carrillo del Teso .....	32
La prueba ilícita en el TEDH: de Schenk a Zherdev. José Luis Rebollo Álvarez .....	35
MESA 3	
LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO LABORAL .....	39
Control empresarial y prueba prohibida. Luis Pérez Fernández .....	39
Últimos pronunciamientos del TS sobre prueba prohibida en el proceso laboral. José María Roca Martínez.....	42
MESA 4	
LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO CIVIL.....	45
Necesidad de la prueba civil. Proposición y admisión. Anticipación y aseguramiento. Sonia Calaza López .....	45
La prueba en los procedimientos de filiación. Julio F. Carbajo González .....	48
La prueba prohibida en los procedimientos de familia. Manuela A. Rodríguez Morán .....	51
MESA 5	
LA PRUEBA PROHIBIDA: EXPERIENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO .....	55



Prueba prohibida y ética del proceso civil: un enfoque comparado. Carlo Vittorio Giabardo .....	55
La prueba prohibida en Brasil en casos de corrupción. Renato Machado de Souza .....	57
La prueba prohibida en Ecuador. Su revisión desde la Constitución de la República. Isabel Nuques Martínez.....	59
La prueba prohibida y las investigaciones privadas en la legislación ecuatoriana. Gabriel Yovany Suqui Romero .....	62
CONFERENCIA. Antonio del Moral García	
PRUEBA ILÍCITA: ASPECTOS PROCESALES (FORMAS DE ALEGARLA Y RESOLVERLA EN EL PROCESO) .....	65
CONFERENCIA. Julián Sánchez Melgar	
LA PRUEBA PROHIBIDA: LA SANCIÓN POR COMPORTAMIENTOS ILÍCITOS....	71
MESA 6	
LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.	75
Las interrelaciones entre la fase probatoria en vía administrativa y en vía judicial. Jesus M. Chamorro González.....	75
La prueba prohibida. Cuestiones teóricas y prácticas en el proceso contencioso-administrativo. Ilda Méndez López.....	77
Intervención de Alejandro Huergo Lora.....	80
MESA 7	
LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO PENAL.....	83
Validez y eficacia de las investigaciones internas corporativas. Nicolás Rodríguez-García.....	83
La prueba prohibida obtenida a través de IA. Xulio Ferreiro Baamonde .....	89
Las declaraciones de los menores como prueba preconstituida en el proceso penal. Laura Álvarez Suárez .....	94
ACTO DE CLAUSURA .....	97

## PRESENTACIÓN

Los días 3 y 4 de febrero de 2022 se desarrollaron en el aula magna del edificio histórico de la Universidad de Oviedo las II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal bajo el título “La prueba prohibida a debate”. Las Jornadas han sido impulsadas por el profesor Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín, Catedrático de Derecho Procesal y Director de las mismas, asumiendo la secretaría académica José María Roca Martínez, Profesor Titular de Derecho Procesal, ambos de la Universidad de Oviedo.

Estas actas constituyen un resumen, a modo de crónica, del contenido de las diversas actividades que conformaron las Jornadas. Como aclaración he de decir que en su elaboración han participado tanto los moderadores como los propios ponentes, de ahí que cada crónica utilice la primera o la tercera persona, según quién sea su autor (se indica al comienzo de cada resumen).

Las Jornadas se enmarcan dentro de las actividades del grupo de investigación acreditado de la Universidad de Oviedo “Estudios de Derecho Procesal (España, Europa e Iberoamérica) –Verum in iudicium– (OV-PROC)” y, en concreto, en el ámbito del Proyecto I+D+i «**Proceso y Prueba prohibida**» (PID2020-114707GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, con vigencia desde el 1 de septiembre de 2021 hasta el 30 de agosto de 2024 y cuyo IP es Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín.

En su inauguración intervinieron Ángel Espiniella Menéndez, Secretario General de la Universidad (en representación del Rector), Javier G. Fernández Teruelo, Decano de la Facultad de Derecho, Luis Carlos Albo Aguirre, Decano del ICAO, Luis Pacho Ferreras, concejal del Ayuntamiento de Oviedo y Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín, como Director de las Jornadas.

A lo largo de siete mesas redondas, se abordó el estudio completo de la prueba prohibida, dedicando cada una de las mesas a las cuestiones generales, a la posición del TEDH, a la regulación y particularidades de cada uno de los cuatro órdenes jurisdiccionales, completando el programa con una visión comparada en Italia, Ecuador, Chile y Brasil.

La participación de profesores procedentes de las Universidades de A Coruña, Cantabria, Salamanca, Girona, Valencia, UNED y Oviedo, de magistrados de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, y de abogados del ICAO Oviedo, permitió un enfoque plural y comprensivo de los distintos ámbitos académico, judicial y de la abogacía, dando lugar a interesantes y enriquecedores debates.

De especial interés fueron sendas conferencias impartidas por los magistrados de la sala segunda del Tribunal Supremo, Antonio del Moral García («Prueba ilícita: aspectos procesales, formas de alegarla y resolverla en el proceso») y Julián Sánchez Melgar («La prueba prohibida: la sanción por comportamientos ilícitos»).

Los ponentes fueron recibidos por el Sr. Alcalde de Oviedo, Alfredo Canteli Fernández, y por el segundo teniente alcalde Mario Arias Navia, que ofrecieron un vino español.



*Recepción en el Ayuntamiento de Oviedo*

También se realizó una breve, aunque interesantísima, visita guiada a la Biblioteca Central, en el edificio histórico de la Universidad de Oviedo.



*El Director de la BUO recibió a los ponentes en su despacho*

El acto de clausura contó con la presencia del Rector, Ignacio Villaverde Menéndez, la Viceconsejera de Justicia, Encarnación Vicente Suárez, el presidente del Tribunal Superior de Justicia, Jesús M. Chamorro González, el segundo teniente alcalde del Ayuntamiento, Mario Arias Navia y el Director de las Jornadas, Agustín J. Pérez-Cruz Martín.

Las Jornadas contaron con la colaboración del Ayuntamiento de Oviedo, del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, del despacho Luis Pérez & Asociados y del Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE). A todos ellos, en nombre de los organizadores, les traslado nuestro sincero agradecimiento.

En Oviedo, el día veintidós de marzo de dos mil veintidós

*José María Roca Martínez*

## INAUGURACIÓN (\*)

La inauguración de las Jornadas contó con la presencia de Agustín J. Pérez-Cruz Martín, director de las mismas, de Luis Pacho Ferreras, concejal del Ayuntamiento de Oviedo, Luis Carlos Albo Aguirre, Decano del ICA de Oviedo, Javier G. Fernández Teruelo, Decano de la Facultad de Derecho y de Angel Espiniella Menéndez, Secretario General de la Universidad, este último mediante conexión telemática por encontrarse confinado en su domicilio.



Luis Pacho, Javier G. Fdez. Teruelo, Luis Carlos Albo y Agustín J. Pérez-Cruz

El Decano de la Facultad de Derecho, Javier G. Fernández Teruelo expresó su reconocimiento a los organizadores de las Jornadas, en especial a los profesores Pérez-Cruz y Roca Martínez por la organización de las mismas; en épocas difíciles, como las que nos está tocando vivir, distinguió entre los que «se atrincheran» y los que, con prudencia, dan un paso adelante y no anulan, sino que mantienen actos como el de hoy. Felicitación que hizo extensiva a los demás miembros del área de Derecho Procesal. Destacó la relevancia de las Jornadas, por ser la segunda edición, por su carácter internacional y por responder al desarrollo de un proyecto de investigación.

Luis Carlos Albo Aguirre, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo tomó la palabra con la emoción propia de quien no puede evitar trasladarse a los años 69 a 71 y recordar su paso por esta aula como estudiante. Agradeció que se haya contado como colaborador con el ICAO y destacó el denso contenido de las Jornadas que bien darían para tres días.

Por el Ayuntamiento de Oviedo intervino Luis Pacho Ferreras, en representación de su Alcalde. Por su condición de economista, dijo encontrarse un poco como un *outsider* en las Jornadas, si bien lo positivo de ello es que los asistentes se ahorrarán la intervención de un político al uso. Felicitó a los organizadores y auguró un indudable éxito.

La presentación continuó con la intervención del profesor Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín, como Director de las Jornadas, recordando, con sus primeras palabras, que las Jornadas se enmarcaban en el conjunto de actividades a desarrollar en el marco del Proyecto de Investigación “Proceso y prueba Prohibida” (PID2020-114707GB-I00), subrayando que, sin perjuicio de

---

\* Resumen realizado por José María Roca Martínez, excepto la intervención de Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín que ha sido redactada por él mismo.

actividades individuales que ya venían llevando a cabo distintos Investigadores del mencionado Proyecto, las citadas Jornadas constituyen el primer evento académico en el que participan conjuntamente Investigadores, integrantes de los Grupos de trabajo y el investigador principal del proyecto.

Señaló que todos los investigadores del Proyecto de investigación habían estimado necesario abordar el tema de la prueba prohibida, tomando en consideración que constituye uno de los conceptos más difusos del Derecho Procesal, menos elaborados doctrinalmente y menos cuidados, destacando por su extrema relatividad, siempre sometida a los vaivenes de la tensión entre la libertad y la seguridad, así como por la falta de un régimen jurídico que pueda considerarse común a los distintos ordenamientos jurídicos. Puso de manifiesto que, en relación con conceptos tan sensibles como la seguridad, la libertad, la verdad, las funciones del proceso, la posición de las partes y el tribunal en relación con el objeto procesal, el tratamiento legal, jurisprudencial y doctrinal se ha limitado a configurarla en sus rasgos más generales, a desarrollar unos principios muy básicos respecto de los que existe un acuerdo amplio, desatendiéndose un trabajo más técnico jurídico, complejo desde luego, pero ineludible para lograr la seguridad jurídica alrededor de una figura que tanta influencia tiene en la eficacia del proceso, medida ésta en términos de cumplimiento de su función básica de determinación de la verdad, pero siempre con respeto a los principios esenciales del Estado de derechos y justicia.

Destacó la ligereza y la insuficiente reflexión, tanto legislativa, como doctrinal y jurisprudencial, con que se aborda la regulación de esta figura, para cuyo tratamiento, se utilizan con frecuencia los conceptos procesales básicos sin la debida precisión y sin atender a su adecuado significado; tal forma de actual entorpece la labor jurídica.

Seguidamente señalo la existencia de normas aparentemente contradictorias entre sí, no tanto por la impericia o precipitación del legislador (algo bastante habitual), sino de la falta de entendimiento de la propia noción de prueba en sus diferentes manifestaciones y significaciones, muy especialmente en este marco amplio y difuso de la naturaleza jurídica de esta figura de la prueba prohibida, de su fundamento, régimen jurídico y finalidad. Las consecuencias de esta generalizada forma de actuar no ha de considerarse baladí, en tanto la parca y confusa regulación da lugar a que los tribunales hayan de integrar normas tan insuficientes y deficientes que incluyen muchas veces antinomias, razón por la que los tribunales, en su quehacer diario, son los que en cada momento, país y situación o hecho, han de aplicar la ley de forma inevitablemente relativa y particular, con la consiguiente pérdida de seguridad jurídica en sus resultados, con frecuencia inciertos o fruto de los sujetos o hechos enjuiciados.

Recordó que la prueba prohibida es un concepto de origen jurisprudencial, encontrando sus primeras manifestaciones importantes en el derecho norteamericano; la evolución de las conocidas como «reglas de exclusión» y sus

excepciones, en atención a unos fines que experimentaron vaivenes de consideración, ha influido notablemente en los ordenamientos de derecho civil, cuyas construcciones, a veces con base constitucional expresa, y casi siempre en la ley, han visto cómo sus tribunales, en ocasiones de manera precipitada y mimética, trasladaban a sus ordenamientos y a sus resoluciones una forma de entender la prueba ilícita no siempre compatible con los postulados básicos de nuestro sistema jurídico.

Muchas son, en definitiva, las lagunas que cabe encontrar en el desarrollo de la figura de la prueba prohibida, demasiadas, hasta tal punto que la vida práctica impone sus necesidades o preferencias, al igual que los posicionamientos ideológicos, por encima de una configuración jurídica que debiera constituir la base cierta de un concepto de tanta entidad para la pervivencia del estado de derecho. Por todo ello, se impone, la necesidad de avanzar en la determinación de la naturaleza jurídica, del concepto, previa concreción de su fundamento constitucional, señalando si éste es autónomo o derivado o confundido con otros derechos expresamente reconocidos. De ahí, concretar el contenido de la prohibición, esto es:

- si alcanza solo a la obtención de las fuentes de prueba o también a la práctica de los medios,
- si se refiere a todos los derechos o únicamente a los materiales, no a los procesales,
- cuál es el régimen jurídico para su denuncia y apreciación
- sus efectos y
- el alcance de la prohibición de la prueba refleja, entre otros muchos problemas no resueltos con la certeza exigible.

En suma, el ponente sostuvo que son muchas las cuestiones acerca de la prueba prohibida que no encuentran en la doctrina una respuesta acabada, puede que ni siquiera abordada, en la mayoría de trabajos, pues el tratamiento de la misma no acaba de pasar de reflexiones acerca de su incidencia en el ámbito de los derechos y el alcance en la eficacia de las actuaciones procesales en las resoluciones judiciales o, lo que es lo mismo, no se termina de dar el paso decisivo consistente en salir del Derecho Constitucional, para pasar al Derecho Procesal. Todo ello, concluyó, avala la necesidad de abordar, desde las exigencias propias de un Proyecto de Investigación, el estudio del proceso y la prueba prohibida.

El cierre del acto corrió a cargo de Ángel Espiniella Menéndez, Secretario General de la Universidad, quien excusó al Rector, confirmando su presencia en el acto de clausura. Muy a su pesar, se vio obligado a intervenir de manera telemática



Ángel Espiniella Menéndez,  
Secretario General de la Universidad de Oviedo

por estar confinado. Reconoció que presentar estas Jornadas es un importante honor por múltiples y variadas razones: por el lujo de compañeros que las organizan y por lo bien construido que está el programa, materias de indudable relevancia práctica, pero también próximas a las construcciones dogmáticas en tanto entroncan con los derechos fundamentales. Necesariamente le vienen a la memoria las sentencias del Tribunal Constitucional con la intervención de grandes maestros, como es el caso de Gimeno Sendra, respecto al que no puede dejar de mencionar la reciente publicación del *Liber Amicorum*, precisamente sobre Derecho Probatorio. Lujo, en definitiva, por la relevancia de los ponentes, procedentes de diversos ámbitos jurídicos, y lujo por su proyección internacional. Y sin más, declaró inauguradas las *II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal, La prueba prohibida a debate*.



## MESA 1

### LA PRUEBA PROHIBIDA. CUESTIONES GENERALES (\*)

La primera mesa de las jornadas sobre cuestiones generales estaba integrada por Marcos Loredo Colunga, profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo, que moderó la mesa y por los profesores Agustín J. Pérez-Cruz Martín, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo; Luis A. Cucarella Galiana, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia; Amparo Renedo Arenal, Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal de la Universidad de Cantabria; y Jesús M. Hernández Galilea, Profesor Titular de Derecho Procesal de la universidad de Oviedo. En la introducción de la mesa, el Prof. Loredo Colunga presentó las jornadas como una ocasión de alejarnos del ruido y volver a las esencias, centrándonos en la eterna pugna entre la búsqueda de la verdad material y la defensa de los derechos fundamentales. La justicia como valor, que no justifica el recurso a cualquier medio y, por ello, aparece el concepto de prueba ilícita: la prueba prohibida cuya exclusión puede dejar huérfanas a las partes y frustrar unas expectativas procesales más o menos fundadas. La oportunidad de las jornadas enmarcadas en un proyecto de investigación que involucra al área de derecho



*Marcos Loredo Colunga*

procesal de la universidad de Oviedo es por tanto indudable, como también lo es que comiencen con esta mesa en la que se abordan las cuestiones desde una perspectiva general.

Antes de dar la palabra a los intervinientes el Prof. Loredo hizo una breve presentación de cada uno.

El Prof. Pérez-Cruz Martín Catedrático de Derecho Procesal, promotor y director de las jornadas en su calidad de investigador principal del proyecto que sustenta esta actividad cuenta con una amplia trayectoria profesional en la que sobresale su papel académico con múltiples y destacadas publicaciones, así como participación en diferentes proyectos docentes y legislativos. El moderador aprovechó para agradecerle públicamente su implicación como dinamizador del área de derecho procesal.

El siguiente en intervenir sería Prof. Luis Andrés Cucarella Galiana, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, doctor por las universidades de Bolonia y Valencia, que ha trabajado aspectos relacionados con la protección y delimitación de jurisdiccional de los derechos fundamentales,

---

\* El resumen de las intervenciones ha sido preparado por Jesús M. Hernández Galilea.

como se recoge en su obra “Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y Jurisdicción”. Ha impartido múltiples conferencias y cursos en diferentes países como Argentina, México Colombia y Paraguay, sobre temas relacionados con derechos fundamentales y la actuación jurisdiccional.

Lo seguiría en el uso de la palabra la Prof<sup>a</sup>. Amparo Renedo Arenal Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Cantabria donde se doctoró con premio extraordinario, que es miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, evaluadora diversas revistas y profesora visitante en varias universidades sudamericanas. Ha ocupado distintos puestos de gestión en la Universidad de Cantabria y su trabajo investigador se ha centrado en buena medida en torno a las garantías del imputado.

Finalmente intervendría el Prof. Jesús Hernández Galilea doctor en derecho y Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universidad de Oviedo, autor de una monografía sobre la nulidad procesal y diversas publicaciones en materia de derecho procesal civil y penal, que ha sido visitante en la Universidad de Bolonia y en el Instituto europeo de Florencia y forma parte también del grupo de investigación sobre la prueba ilícita que organiza estas Jornadas.

### **La prueba prohibida a debate. Agustín J. Pérez-Cruz Martín**



*Agustín J. Pérez-Cruz Martín  
CU Derecho Procesal (UNIOVI)*

Comenzó agradeciendo al Prof. Loredo su presentación y aclarando que si es dinamizador es porque encuentra a personas receptivas en el área y dispuestas a ser dinamizadas: formamos un equipo.

A continuación, enunció el objetivo de su intervención: si se quiere tratar la prueba prohibida de manera rigurosa necesariamente se debe partir para este estudio de su fundamento. Muchas veces se aborda la prueba prohibida sin preguntarse si el fundamento es constitucional o meramente legal y esto tiene, obviamente, muchas consecuencias. La idea de esta exposición es explicar muy someramente cuál es el fundamento de la institución puesto que una vez determinado este fundamento podemos saber si existe o no un derecho autónomo relativo a la prueba prohibida lo cual tiene consecuencias. Como magistrado suplente, he tenido ocasión de comprobar que, cuando un magistrado se enfrenta a una prueba prohibida, es determinante la decisión acerca de su exclusión, con la consecuencia de que el proceso se cae, o por el contrario su consideración como válida; fácilmente se produce lo que yo he denominado la relatividad de la teoría de desconexión de antijuridicidad.

Si tienen la curiosidad de leer la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, observarán cómo existe una mayor predisposición a romper la conexión de antijuridicidad cuando ha habido una aprehensión de grandes cantidades de droga. Mientras que, si el proceso versa sobre cantidades pequeñas, si me permiten la expresión, el Tribunal Supremo se pone muy exquisito a la hora de defender la teoría de la antijuridicidad y excluir las pruebas cuestionadas. Esto sucede porque no acaba de posicionarse sobre el fundamento de la prueba prohibida.

La prueba prohibida se presenta como un concepto complejo que, en mi opinión, es único. Recientemente en unas jornadas sobre este tema el Prof. Asencio Mellado defendió la existencia de un concepto único de prueba prohibida. Un concepto que, por lo tanto, puede ser utilizado en cualquier orden jurisdiccional. De la unicidad del concepto y del fundamento que se le asigne se derivarán consecuencias lógicas y coherentes que afectarán al entendimiento de la prueba prohibida y al alcance de la supresión de los efectos derivados.

Este análisis suele realizarse prescindiendo de categorías jurídicas establecidas, dando mayor preponderancia, casi decisiva, a la propia percepción del lugar que deben ocupar los derechos fundamentales en el proceso y su relación con los poderes del Estado en la investigación delictiva, así como los límites de la propia investigación. De ahí surge la relatividad del concepto de prueba prohibida a la que me refería anteriormente y una cierta imprecisión en el desarrollo de sus consecuencias. Incluso aunque la propia Constitución expresamente reconozca la prohibición probatoria en estos casos, en muchas ocasiones, las normas ordinarias que desarrollan ese reconocimiento constitucional reducen su alcance. En España obviamente no existe ninguna referencia en la Constitución a la prueba prohibida, pero se reconoce expresamente en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prohíbe la utilización de las obtenidas directa o indirectamente contra los derechos fundamentales. Este precepto fue interpretado por los tribunales de manera muy rigurosa hasta fechas recientes. Con la sentencia Falciani del Tribunal Constitucional el rigor en el tratamiento de la prueba prohibida ha desaparecido.

A pesar de que no existe el reconocimiento constitucional, el Tribunal Constitucional desde la sentencia 1149/84 ha señalado que la no recepción de las pruebas prohibidas deriva de exigencias constitucionales. Se aclaraba allí que no existe un derecho autónomo en la Constitución que declare la no receptividad de la prueba prohibida, pero sí cabe deducirlo del sistema de derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

Lógicamente, afirmar que la prueba prohibida tiene un fundamento constitucional ha obligado a Tribunal Constitucional a identificarlo y normalmente lo ha radicado en el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24, al principio de la igualdad, pero también, a veces, lo ha ligado a la presunción de inocencia. Esto es fruto de una confusión entre los derechos fundamentales

infringidos con lo que sería un derecho autónomo de la prueba prohibida. Considero que la prueba prohibida se debe sustentar sobre la vulneración de derechos constitucionales de naturaleza material no de naturaleza procesal. Los derechos constitucionales procesales ya tienen otra garantía que es la nulidad de las actuaciones.

Si no se establece esa diferenciación entre derechos materiales y derechos procesales se abre la posibilidad de la subsanación de esa vulneración, lo cual dejaría sin efecto la prohibición. Como no existe un régimen jurídico propio, al no existir un derecho autónomo a la no utilización de la prueba prohibida, las infracciones se tienen que encauzar por unas vías procedimentales que no son las adecuadas y nos damos de frente con el tema de la seguridad. Por ello, uno de los objetivos de este proyecto de investigación es indagar sobre la necesidad de articular un régimen jurídico propio de la nulidad de las pruebas que ahora mismo no existe. Régimen jurídico propio que debe partir de la existencia de un fundamento constitucional de la prueba prohibida, tal como ha reconocido el Tribunal Constitucional, pero relativo exclusivamente a la vulneración de derechos fundamentales materiales. La prueba prohibida sería una forma de tutelar los propios derechos materiales que se han podido vulnerar cuando se obtienen las fuentes de prueba.

En definitiva, resumiendo mucho --me remito a la publicación posterior de esta ponencia-- comparto el criterio del Tribunal Constitucional sobre el fundamento constitucional de la prueba prohibida que sin embargo no impide que se afirme la existencia de un derecho autónomo a la prueba prohibida que surgiría como protección de los derechos materiales, nunca procesales, y eso debe implicar la articulación de un régimen jurídico propio. Hasta que no exista ese régimen propio las consecuencias no pueden asimilarse en ningún caso a las derivadas de la nulidad procesal.

## **Convencionalidad y prueba prohibida. Luis A. Cucarella Galiana**

Para mí es un honor compartir mesa hoy con los colegas y compañeros de la Universidad de Oviedo y de otras universidades y quiero agradecer al profesor Agustín Pérez Cruz su afecto, el apoyo que siempre me brinda y la invitación a intervenir en estas jornadas. El objeto de mi ponencia es analizar aspectos relacionados con la prueba prohibida desde una perspectiva o dimensión convencional o supranacional, como la queramos llamar. Y, en concreto, prestando atención a cuestiones relacionadas con la investigación y enjuiciamiento de los delitos contra la comunidad internacional que son de competencia de la Corte Penal internacional.



*Luis A. Cucarella Galiana  
CU Derecho Procesal (UVA)*

Creo que es interesante ver cómo se contemplan estas cuestiones relacionadas con la prueba prohibida en el Estatuto de la Corte Penal internacional. Mi ponencia tiene tres ejes temáticos: en primer lugar, y con carácter introductorio, haré una referencia a cuáles son las funciones que histórica y tradicionalmente se han querido encomendar al Poder Judicial; funciones en las que, obviamente, esta perspectiva o dimensión convencional no estaba incluida. En segundo lugar, prestaré atención a la fijación de la extensión y límites de la jurisdicción de la Corte Penal internacional para, en tercer lugar, dedicar la mayor parte del tiempo asignado al análisis de la prueba prohibida.

Estudiando el artículo 69 el Estatuto de la Corte Penal internacional, que tiene regulación expresa en la materia, la primera cuestión de carácter introductorio es la siguiente. Histórica y tradicionalmente al Poder Judicial se le han querido encomendar básicamente dos funciones: resolver los conflictos de derecho privado, por un lado, e imponer penas por los delitos, por el otro. Se trata de dos funciones imprescindibles para una sociedad: que si los particulares no son capaces de resolver sus diferencias civiles o mercantiles entre sí y si no quieren o no pueden acudir a medios alternativos de resolución de controversias puedan dirigirse a la jurisdicción para resolverlas. Por otro lado, también es importante para la sociedad que la legalidad penal sea respetada. Además, el Poder Judicial en un estado social y democrático de derecho tiene que desempeñar un papel clave en el control de la actuación de la administración pública y en materia de Justicia constitucional.

El ejercicio de estas funciones ha estado tradicionalmente vinculado al concepto de soberanía, pero a mediados del siglo pasado se produjeron gravísimas violaciones de derechos humanos cometidas por las propias autoridades de los Estados lo que generó una crisis de ese concepto clásico de Justicia y supuso el nacimiento de los modelos de Justicia supranacional, tanto en materia de protección de Derechos Humanos como en materia de enjuiciamiento penal internacional.

La protección jurisdiccional de los derechos humanos desde la perspectiva de la Corte Penal internacional la voy a abordar brevemente desde las perspectivas objetiva, subjetiva y la temporal. Desde una perspectiva objetiva el artículo 5 del Estatuto de la Corte Penal internacional es el que establece qué delitos son competencia de este órgano jurisdiccional. En concreto, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crímenes de genocidio y crímenes de agresión. Los artículos 6,7 y 8 del Estatuto tipifican las conductas delictivas.

Desde un punto de vista subjetivo debe destacarse, en primer lugar, que los sujetos que van a ocupar la posición pasiva en el proceso seguido ante la Corte Penal internacional son siempre personas naturales, como se indica en el artículo 1 y en otros artículos del Estatuto de la Corte, lo que constituye una diferencia importante entre este modelo de Justicia supranacional y el de protección de los derechos humanos ya que quien tiene legitimación pasiva ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o en su caso la Corte Interamericana

de Derechos Humanos son los Estados en donde presuntamente se han violado los derechos humanos. Las personas investigadas o acusadas ante la Corte Penal internacional deben, según el artículo 26, tener 18 años cumplidos en el momento de la comisión de los hechos presuntamente delictivos. Además, según el artículo 27, las prerrogativas o eventual inmunidad jurisdiccional procesal que pudiera tener esa persona no impedirán que sea juzgada ante la Corte Penal internacional. Esto evidencia el carácter complementario de este órgano jurisdiccional, así como que pueda llegar a donde no llegan, en ocasiones, las jurisdicciones nacionales (p.ej. por la falta de interés en investigar). Finalmente, sobre los límites desde un punto de vista subjetivo y temporal, debe tenerse en cuenta que la Corte solamente puede investigar y juzgar delitos que se hayan cometido después de su entrada en funcionamiento, para garantizar las exigencias derivadas de predeterminación del juez natural, del juez ordinario.

Entrando ya en las referencias al procedimiento propiamente dicho y al tratamiento procesal de la prueba prohibida, el interés del Estatuto es que regula expresamente esta materia. Como saben, el monopolio en la investigación criminal ante la Corte Penal internacional lo tiene en la Fiscalía. De hecho, la Fiscalía está legitimada para que, de oficio, pueda iniciar las investigaciones si bien el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y los Estados partes pueden presentar denuncias ante la Fiscalía.

Existe una fase intermedia, que se desarrolla ante la Sala de Cuestiones Preliminares y que se denomina audiencia de confirmación de cargos en la que únicamente pueden suscitarse cuestiones sobre la verificación de si ese asunto se encuentra dentro de la extensión límites de la Corte Penal internacional a efectos de decidir la apertura de juicio oral o el sobreseimiento; por integración sistemática en esta audiencia de confirmación de cargos también se puede verificar si existe litispendencia o cosa juzgada en los términos del artículo 20 del Estatuto que impidan una apertura de juicio oral, etc. Pero no se permite discutir en ese momento sobre cuestiones relacionadas con la prueba o con las fuentes de prueba. De hecho, es solo tras abrirse el juicio oral donde se permite analizar lo relativo a la eventual prueba prohibida.

El artículo 69 en su apartado séptimo contempla los dos supuestos que desde esta perspectiva convencional se consideran como prueba prohibida. No serán admisibles, dice, las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando: a) esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o b) su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él. La Corte, añade el apartado 8, al decidir sobre la pertinencia o la admisibilidad de las pruebas presentadas por un Estado, no podrá pronunciarse sobre la aplicación del derecho interno de ese Estado. Desde mi punto de vista con esta previsión lo que se persigue es blindar determinadas actuaciones procesales incorporándolas al Estatuto de la Corte Penal internacional. Porque no olvidemos que puede haber una diversidad de regulación entre el Estatuto y la regulación procesal interna. Cuando la Corte



Penal internacional o la Fiscalía pide auxilio a una jurisdicción nacional, con ocasión de esa cooperación podrían obtenerse fuentes de prueba prohibidas que serían inutilizables si se aplicase el derecho procesal interno. Por ello, lo que hace el legislador internacional es incorporar al estatuto las garantías cuya violación haría inadmisibles una prueba, estableciendo también la posibilidad de valorar como prueba prohibida la obtenida con violación de Derechos Humanos reconocidos en convenios o tratados internacionales, pero, en este caso, solo cuando esa fuente de prueba compromete la integridad del proceso.

Para concluir me gustaría realizar dos observaciones. La primera: fíjense que estamos hablando de enjuiciamiento penal internacional de determinados delitos especialmente graves como son los crímenes de guerra, otros de lesa humanidad, que, además de afectar un bien jurídico de ámbito internacional, suponen una violación masiva de Derechos Humanos. La misma esencia de la Corte Penal internacional, como se dice en el preámbulo del Estatuto, es evitar la impunidad de estos graves delitos. Sin embargo, la impunidad no se evita a cualquier coste: hay límites, hay fuentes de prueba que, si se obtienen con violación del Estatuto o de los derechos humanos, no podrán ser utilizadas en el proceso, a pesar de la gravedad de los delitos que allí se persiguen. En segundo lugar, ya con proyección en el ámbito interno, el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento criminal de 2021 se inspira en la audiencia de confirmación de cargos de la Corte Penal internacional para regular la fase intermedia, así se dice en la exposición de motivos. Sin embargo, hay una importante diferencia técnica, y desde un punto de vista garantistas mucho mejor, que es que la discusión sobre la ilicitud de la prueba ilícita se hace precisamente en esa fase intermedia, con lo que se evita que el órgano de enjuiciamiento entre en contacto con eventuales fuentes de prueba obtenidas con violación de derechos fundamentales.

### **El elemento subjetivo de la ilicitud de la prueba. La ilicitud cometida por particulares. Amparo Renedo Arenal**

Como no podía ser de otra manera, vaya mi enhorabuena al director de las jornadas, el profesor Pérez Cruz, porque se haya atrevido a organizarlas y mi agradecimiento por permitirme participar en ellas; también quiero agradecer la acogida a la Universidad de Oviedo y a todo el grupo de Derecho Procesal de esta de esta Universidad. Pretender en unos minutos realizar un análisis completo del elemento subjetivo de la prueba ilícita es una tarea absolutamente imposible, pero, como estamos en una mesa de cuestiones generales, me voy a permitir dejar de lado determinadas cuestiones y centrarme



*Amparo Renedo Arenal  
PCD Derecho Procesal (UCAN)*



en los aspectos que a mí personalmente me causan preocupación y que sin duda serán desarrollados a lo largo de estas jornadas. Utilizo el término inquietud porque es realmente inquietante la deriva que ha tomado la prueba ilícita los últimos tiempos.

Decía la Profesora Pellegrini que la búsqueda de la verdad deberá ser entendida en su correcto sentido. Por sentido correcto ella entendía dos cosas: por un lado, una verdad sustraída a la influencia que las partes querían siempre ejercer en el proceso y por otro lado debía de tratarse de una verdad judicial, es decir una verdad obtenida con todas las garantías.

Ya hace años el Prof. Asencio Mellado consideraba que hay siempre dos intereses presentes: el interés público, en defensa de la sociedad y el interés privado en defensa de las garantías individuales. Se trata de una balanza muy difícil de mantener en equilibrio, porque si optamos por defender el interés público como prioritario, estaremos tratando de que no quede ningún delito sin perseguir y, para ello, habría que buscar la verdad a cualquier precio. En cambio, si nos vamos al otro extremo, al garantista a ultranza, ponemos en peligro el propio proceso, porque el proceso es una limitación de derechos fundamentales.

Me gustaría matizar una cuestión que, cuando hablamos de prueba ilícita, a todos se nos viene a la cabeza siempre el proceso penal, pero la prueba ilícita debe considerarse en todos los órdenes jurisdiccionales, sin que existan estándares diferentes de ilicitud y sin que interfiera en nada en este aspecto la naturaleza dispositiva de los derechos. Si vamos hacia una teoría de la prueba ilícita tiene que ser una teoría válida y única, sin diferencias.

Y sobre esa base es donde hay que plantearse la importancia de la delimitación del elemento subjetivo. Es decir, si es relevante o no que la ilicitud la cometa un particular o la cometa un órgano del Estado. Parece que hay unanimidad en que si la vulneración la produce un órgano estatal entonces no hay duda sobre la exclusión de la prueba. Sin embargo, no existe la misma unanimidad cuando la obtención ilícita la lleva a cabo un particular, porque la solución en ese caso difiere de unos ordenamientos a otros. Debemos tener en cuenta que, en Estados Unidos, de donde hemos importado esta construcción, desde el año 1976 la exclusión en caso de prueba ilícita se limita las vulneraciones llevadas a cabo por funcionarios públicos. Con ello se pone de manifiesto que lo que se busca con la exclusión de la prueba ilícita es únicamente impedir que la policía realice actos impropios. En España, en cambio, el efecto disuasorio es, mejor dicho, era, ajeno a las reglas de exclusión. El Tribunal Constitucional en la sentencia 114/84, cuya doctrina no había cambiado hasta la sentencia Falciani (sentencia 97/2019), estableció sin ninguna fisura que la doctrina de la prueba ilícita se aplica tanto a la ilicitud cometida por particulares como a la ilicitud cometida por los órganos estatales.

Aun así, hay que aclarar que la sentencia de 97/2019, en el fundamento jurídico quinto, lo que excluye son las fuentes que se han obtenido con la

intención de preconstituir prueba. Cabe mencionar que la sentencia STS 116/2017, de 23 de febrero que limitó la aplicación de la regla de exclusión a las actuaciones de los agentes públicos y, en este sentido, resultaba contraria a la doctrina del TC que venía garantizando sin fisuras, desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, la aplicación de la teoría de la prueba ilícita tanto cuando dicha prueba era obtenida por el estado como cuando lo era por un particular.

Lo cierto es que hoy por hoy en nuestro país no existe una regulación que clarifique lo relativo al elemento subjetivo y, por tanto, no hay nada que excluya la prueba ilícita ni de particulares ni de los funcionarios públicos y tampoco existe, como hemos visto una jurisprudencia clara al respecto. Y en cuanto a la doctrina, los autores tampoco se ponen de acuerdo sobre si el elemento subjetivo tiene que estar delimitado solo y exclusivamente al agente estatal o debe incluirse también al particular. Incluso entre los que dicen que hay que incluir el particular aclaran que el particular no tiene ni la presión ni la obligación que tiene el funcionario público, ya que el funcionario público tiene una posición de garante y no solo debe evitar vulnerar el derecho fundamental en la obtención de la prueba, sino que debe cumplir con los cauces establecidos para introducir las pruebas en el proceso.

Todo indica que esta discusión en torno al elemento subjetivo se va a mantener en el tiempo hasta que haya una regulación sobre la prueba ilícita. Y debemos tener en cuenta que nuestras construcciones, como hemos dicho, surgen a partir de la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos, que es la que más ha desarrollado el tema de la ilicitud de la prueba. La importación de esta doctrina ha provocado que los países que no tienen una doctrina clara al respecto se hayan acogido a esa doctrina, como sucede en muchos sistemas continentales de América que aplican casi automáticamente toda la teoría de la prueba ilícita del sistema estadounidense.

La consecuencia es que acaba existiendo una colisión con los principios clásicos del proceso y de la prueba en estos ordenamientos. Y quizás es ahí donde está también un poco esa sensación de degradación. No voy a entrar evidentemente en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos pero sí me parece importante considerar, en relación con lo que antes decía el Prof. Pérez Cruz, que la ilicitud de la prueba en la doctrina de la Corte Suprema inicialmente estaba fundamentada en la cuarta y quinta enmiendas, pero actualmente se ha restringido su fundamento a la cuarta enmienda, ya que se considera que la única justificación de la exclusión de la prueba es evitar las conductas policiales ilícitas, es decir, el efecto disuasorio, sin que preocupe para nada la reparación de la vulneración del daño, quedando circunscrito, por tanto, a la cuarta enmienda.

La restricción al marco disuasorio tiene además la consecuencia negativa de que ese efecto se puede alcanzar por otras vías, como la disciplinaria, la vía civil de indemnización del daño u otro tipo de procesos para exigir responsabilidad al funcionario público. Lo que ocurre entonces es que la prueba

ilícita tiene vía abierta en el proceso. Es decir, se acaba por destruir la teoría de la prueba ilícita.

Todo esto debe llevar a plantearnos si, tal como está evolucionando en su lugar de origen, esta visión de la ilicitud probatoria es compatible con nuestro sistema constitucional, si es compatible con el respeto y la defensa de los derechos fundamentales en el proceso penal. Creo que mañana podremos aclarar este tema con la intervención del doctor Sánchez Melgar. Desde mi punto de vista se daría una situación muy absurda si, por ejemplo, un sujeto fuera condenado en un proceso penal gracias a una prueba obtenida ilícitamente y ese mismo sujeto pudiera luego acudir a un proceso civil a exigir responsabilidad al funcionario de la administración que hizo posible su condena al violar un derecho fundamental. Surge la inquietante pregunta sobre en qué punto del camino se ha perdido de vista esa violación de un derecho fundamental, que al final parece que no le interesa a nadie. Sobre todo, no le interesa al proceso penal que es en donde se van a utilizar esas pruebas.

Se puede decir que la regla de exclusión, en virtud de las sucesivas excepciones que se han ido elaborando durante los últimos años, ha quedado completamente vacía de contenido. Por lo que muy bien cabe preguntarse hacia dónde vamos. Y me temo que vamos hacia un desmantelamiento absoluto de la prueba ilícita. Un desmantelamiento en el que las pruebas ilícitamente obtenidas por particulares van a quedar fuera la regla de exclusión que creo que es la única vía adecuada. Muchas gracias.

### **Ausencia de efectos de la prueba prohibida y nulidad de los actos procesales. Jesús M. Hernández Galilea**



Al planificar el proyecto y estas jornadas, el Prof. Pérez-Cruz, tenía especial interés en que no quedara al margen el aspecto dogmático de la propia eficacia de los actos de prueba. Ese es el sentido de esta ponencia en esta mesa dedicada a cuestiones generales. Es como una reflexión que hemos empezado a hacer, y que formará parte del proyecto, sobre la peculiaridad de los actos de prueba. Para ver si tiene sentido que exista un régimen diferente de ineficacia o si, por el contrario, puede reconducirse al régimen general de la eficacia de los actos procesales. O, dicho de otro modo, se trata de reflexionar sobre si la existencia de un precepto específico en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ese artículo 11 el número 1, configura un régimen especial de ineficacia o no es más que una simple mención de un supuesto específico, que no añade nada al régimen general de ineficacia de los actos procesales.

Creo que hay que partir de la distinción de Carnelutti entre fuentes y medios de prueba que creo que es pacífica, que, como es de sobra conocido,

permitiría distinguir entre la realidad material que tenga relación con el delito o que pueda aportar información sobre él, incluso las personas que puedan o deban tener conocimiento del delito, que serían las fuentes de prueba, mientras que el medio de prueba serían los actos procesales que permiten a las partes incorporar esas fuentes de prueba al proceso. Es decir, permiten a las partes acreditar un hecho determinado o tratar de acreditar. De este modo el análisis del vestigio que se ha encontrado, la fuente de prueba, se transforma en el objeto de la prueba pericial, por ejemplo.

Este sería el funcionamiento o el sentido de la distinción pues, como es evidente, la distinción entre fuente y prueba no significa que la fuente sea un elemento inerte sino que, durante la investigación, las fuentes ya habrán sido explotadas, pero con una finalidad distinta porque la fuente explotada en la investigación, esa declaración del investigado o del testigo, el análisis que se hace en un laboratorio de la Policía Judicial de una muestra, la comparación entre las muestras en las bases de datos, etc., son explotaciones de la fuente de prueba que permiten avanzar en la investigación y permiten construir la acusación o construir lo que la parte acusadora o el Ministerio Fiscal consideran que es suficiente, que es sólido, para sostener una acusación.

Sin embargo, desde el punto de vista de la producción de efectos, que es a lo que se refiere la nulidad, podemos decir que, tanto las diligencias de investigación como las pruebas, tienen el mismo efecto, que es el efecto de proporcionar conocimiento, aunque la finalidad del conocimiento sea diferente: en un caso es averiguar lo que pasó, averiguar quién participó, identificar el lugar donde están los efectos del delito, etc. La finalidad es distinta pero el efecto de la prueba, del acto de prueba, es el mismo: proporciona un conocimiento, tiene igualmente un efecto cognoscitivo que en el juicio está encaminado a la sentencia, trata de proporcionar al juez un conocimiento para que funde su convicción de cara al juicio en relación con los demás medios de prueba.

Partiendo de este efecto común y de la finalidad diferente y fijándonos en los efectos, lo primero que se puede decir es que la nulidad funciona respecto a los efectos jurídicos, pero no es efectiva respecto de los efectos físicos o naturales, como sería en este caso el efecto cognoscitivo. El conocimiento no es un efecto jurídico: está enmarcado en el proceso y tiene una finalidad procesal, en un caso la averiguación, en la fase de investigación, en el otro el enjuiciamiento, la formación de la convicción del juez. Pero es un efecto que, aunque tenga finalidades jurídicas, en sí mismo no es un efecto jurídico: es un efecto natural, es el proceso de adquirir conocimiento, es el proceso de formación de la convicción. Son fenómenos psicológicos o epistemológicos o como queramos llamarlos, pero no jurídicos.

Lo que aquí estamos viendo se puede entender mejor recurriendo al fútbol, que siempre es un recurso socorrido. Se puede anular un tanto. El tanto es un concepto, es una regla, en cierto modo análogo a la norma jurídica. Es un efecto que se ha acordado en el reglamento que se produce cuando el balón

haya entrado entre los tres palos, pero dándose unas determinadas circunstancias: que no estén fuera de juego, que no haya habido una serie de cuestiones que hacen que, aunque el balón haya entrado en los 3 palos de la portería, haya atravesado esa línea, ese espacio, no se produzca el tanto. Es decir, si no se cumplen las reglas el efecto jurídico o el efecto análogo al jurídico no se produce. Y en eso la nulidad es perfectamente útil: el tanto se anula. Lo que no sé puede anular es que el balón ha entrado entre los palos: ese es el efecto natural, físico. Ambos están vinculados pero la nulidad solo puede actuar respecto del efecto jurídico.

En las pruebas sucede lo mismo: el efecto cognoscitivo de la prueba se produce: la intervención de una comunicación que no ha respetado el plazo, o que no ha respetado los límites o la persona o el terminal que se debía intervenir, produce un conocimiento y ese conocimiento de la persona, de la identidad, del lugar donde se va a celebrar la reunión, de lo que sea, se ha producido, no hay quien lo anule, por así decirlo. Ésta es la diferencia fundamental que también sucede en el juicio. El convencimiento del juez, adquirido por lo escuchado en una grabación en el juicio, se ha producido. Luego podemos decir se anula la prueba, pero no se anula ese conocimiento.

Esta peculiaridad de la prueba yo creo que es muy importante y debe tener reflejo en la regulación de la ilicitud, de la nulidad, de la prueba prohibida. Podría parecer que la aplicación del régimen general de los actos sí soluciona el problema. Podemos coger el artículo 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o el artículo 230 de la Ley de Enjuiciamiento Civil --esto también es otro tema, esta existencia de doble regulación, aunque en este caso dicen exactamente lo mismo con lo cual no tiene ninguna trascendencia— y leer que la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquel que habría permanecido invariable aún sin haberse cometido la infracción. Bien, haciendo una abstracción de la referencia al carácter sucesivo, porque las pruebas no son sucesivas, como actos procesales, cada prueba es independiente, y haciendo una interpretación amplia del término “contenido”, podríamos pensar que sí soluciona el problema. Porque si una prueba ilícita, obtenida ilícitamente, y ha sido la base para conseguir otra o ha sido la fundamental en la fase de instrucción para conseguir el resto de pruebas, a través de este mecanismo podríamos pensar que se soluciona el problema. Pero no es así.

La anulación de las diligencias que vulneran derechos fundamentales o las que sean consecuencia de ellos, e incluso de toda la investigación, no impide que se vuelva a iniciar otra investigación: anulamos la investigación y volvemos a empezar, pero los conocimientos ya los tenemos. No se conseguiría el efecto que se pretende. Por eso el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que es la incorporación de la jurisprudencia constitucional, establece que no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos. Es decir, se debe seguir adelante con el proceso excluyendo la prueba ilícita, se debe llegar a la sentencia como si esa prueba no se hubiera producido.

Para que esto se produzca realmente, debería existir una incomunicación entre la fase de investigación, donde se obtienen las pruebas, y la fase del juicio. Una incomunicación que ahora mismo tenemos en la Ley del Jurado, pero que no tenemos en el resto de los procedimientos porque el material de investigación de la instrucción está a disposición del juez y por tanto puede, de alguna manera, confirmar o debilitar el conocimiento que adquiere por las pruebas que se practican en el juicio, que deberían ser su única fuente de conocimiento. El juez debería estar delante de las pruebas o recibiendo esa práctica de la prueba, esa producción de la prueba, como asistiendo por primera vez a ella, no pudiendo comprobar una prueba que se ha excluido, etc.

Por eso, la discusión sobre la licitud de la prueba en audiencia preliminar es el marco perfecto, teniendo en cuenta que el órgano de enjuiciamiento, el jurado y el magistrado presidente, va a ser distinto. El proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2021 prevé una depuración de las pruebas similar, que consigue esa eliminación del efecto: lo que se ha obtenido ilícitamente con violación de derechos fundamentales no debe tomarse en consideración a la hora de emitir el juicio. Muchas gracias.





## MESA 2

### LA PRUEBA PROHIBIDA Y EL TEDH (\*)

José Carlos Gómez de Liaño Polo, profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo, moderó la segunda mesa que giró en torno a la prueba prohibida y el TEDH. En la misma intervinieron presencialmente Ana Carrillo del Teso, profesora contratada doctora de Derecho Procesal en la Universidad de Salamanca y José Luis Rebollo Álvarez, abogado y profesor asociado de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo, haciéndolo de manera telemática Alejandro T. Abascal Junquera, magistrado titular del Juzgado Central de Instrucción nº 1.



*José Luis Rebollo, J. Carlos Gómez de Liaño y Ana Carrillo*

### **Ilícitud probatoria: caso Guateque Falciani y Barbulescu. Alejandro T. Abascal Junquera**

Comenzó el magistrado Abascal Junquera destacando la especial incidencia de las sentencias del TEDH sobre un tribunal como la Audiencia Nacional, con competencia objetiva exclusiva y excluyente respecto a determinados delitos –terrorismo, grandes organizaciones criminales o delitos que afecten a la economía nacional–, que obliga a prestar especial atención a las últimas doctrinas jurisprudenciales. Aquellas primeras sentencias del TC que, influenciadas por un excesivo garantismo de origen anglosajón, permitían excluir del procedimiento el material probatorio obtenido mediante la vulneración de derechos fundamentales (a partir de la conocida STC 114/1984, de 29 de noviembre), se han ido matizando por el TS y el TC, siguiendo la línea marcada por el TEDH, introduciendo los conceptos de prueba independiente, prueba derivada, confesión voluntaria del inculpado, etc. Siendo numerosas las resoluciones sobre prueba ilícita que inciden sobre las grandes investigaciones



*Alejandro T. Abascal Junquera  
Magistrado AN*

---

\* El resumen de la intervención de Alejandro T. Abascal Junquera ha sido preparado por José Carlos Gómez de Liaño. Las intervenciones de Ana Carrillo del Teso y de José Luis Rebollo han sido redactadas, respectivamente, por ellos mismos.

llevadas a cabo en la AN, mostró interés el ponente en destacar la sentencia del caso Guateque, así como la adaptación de la doctrina Barbulescu que el TS llevó a cabo en la sentencia de 23 de octubre de 2018, con ponencia del conferenciante en estas Jornadas, Antonio del Moral; indudablemente se trata de una sentencia que marca un antes y un después en la obtención de prueba en los procesos penales.

La doctrina del Tribunal Constitucional y de las salas del Tribunal Supremo era bastante dispar en la aportación de pruebas por parte de los particulares; mientras la sala cuarta (social) permitía a los empresarios acceder a los correos electrónicos de los trabajadores, siempre y cuando hubiera una previa advertencia al trabajador, la sala segunda (penal), mantenía un criterio distinto. Desde el año 2007 se aprecia esta tendencia en la sala segunda, en parte coincidente con el Tribunal Constitucional, destacando la sentencia del 16 de junio del 2014 dictada por José Manuel Maza, que impedía al empresario acceder al correo electrónico del trabajador, por lo menos a los correos electrónicos leídos, necesitando, en todo caso, una autorización judicial. Esta sentencia fue muy importante porque marcó mucho la línea de lo que era la aportación de pruebas por parte de particulares al proceso penal. A partir del año 2010 el legislador penal estableció la responsabilidad penal de las empresas, y esto provocó un nuevo invitado en el proceso penal. Las investigaciones internas que realizan las empresas para acreditar la existencia de hechos delictivos o para comprobar la existencia de hechos delictivos, encontraban en la citada sentencia un muro infranqueable que, a diferencia de la sala cuarta, no permitía al empresario el acceso al correo electrónico del trabajador.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal del 2015 supuso un impulso fundamental al establecer con carácter meridiano la distinción entre lo que es la obtención de pruebas por particulares y por los poderes públicos. La propia exposición de motivos de la reforma de 2015 nos dice que no se admiten atajos a los poderes públicos para la obtención de pruebas, constituyendo un ejemplo de ello la sentencia Guateque. El caso Guateque (STS 2ª de 27 de junio del 2018) es muy interesante porque en los hechos probados la Audiencia Provincial de Madrid, dice que un ciudadano acude al Ayuntamiento de Madrid a tramitar un expediente administrativo y se encuentra con que el funcionario que tiene que tramitarle el expediente le pide una mordida; esta persona se dirige a la Guardia Civil que le proporciona unos micrófonos y unos aparatos técnicos para ir nuevamente a las dependencias del Ayuntamiento y grabar esa conversación con el funcionario; tomándole, posteriormente, declaración, ya como testigo, incorporando la grabación realizada. El debate que se plantea (primero en la Audiencia y, posteriormente, ante el Tribunal Supremo) es la licitud o no de esa grabación realizada por un particular. La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es clara y tajante, coincidiendo con la Audiencia en la inexistencia de atajos en la investigación penal. Aunque es la iniciativa del ciudadano lo que alerta de la posible comisión delictiva, son los poderes públicos los que proporcionan los medios técnicos y es en ese punto donde no caben

atajos; si hay intervención de los poderes públicos se requiere autorización judicial para realizar esa grabación, aunque se lleve a cabo por particulares. Esta sentencia del caso Guateque es un paso fundamental por establecer esa línea de lo que es la obtención de pruebas entre particulares y la obtención de pruebas cuando intervienen los poderes públicos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con la denominada doctrina *Barbulescu*, da un paso más, haciéndose eco el Tribunal Supremo en la sentencia de la sala segunda de 23 de octubre de 2018. La cuestión se plantea de manera bastante habitual en el quehacer de la Audiencia Nacional, cuando la investigación penal se dirige frente a personas jurídicas. En efecto, uno de los mayores debates que surgen es el relativo a la aportación por parte de las empresas de pruebas resultado de investigaciones internas dirigidas a la comprobación acerca de posibles delitos (cohechos internacionales, tráfico de drogas). El problema que se plantea es la forma en que puede aportarse al proceso la prueba obtenida mediante una investigación interna. La doctrina *Barbulescu* supera el criterio del Tribunal Supremo en la citada sentencia de 16 de junio del 2014 sobre la necesidad de autorización judicial para acceder a las comunicaciones no abiertas del trabajador, siendo asumida por la sala segunda en su sentencia del 23 de octubre de 2018 y reiterada en la posterior de 22 de abril del 2021 (Pleno con ponencia del presidente Manuel Marchena). Los nuevos criterios son: el empresario puede acceder al correo electrónico del trabajador siempre y cuando exista una aceptación expresa y previa, y un conocimiento previo por parte del trabajador de que ese medio de producción puede ser objeto de control; vale en aquellos casos en los que el empresario haya advertido previamente al trabajador de que se puede controlar ese medio de producción y ese correo electrónico o ese ordenador y éste manifieste su consentimiento; se admite el control de ese correo electrónico ya que es medio de producción por parte de la empresa. En esta sentencia se plantea si ese consentimiento puede ser tácito y el Tribunal Supremo contesta que no, que tiene que ser expreso. El empresario cuando tiene este consentimiento expreso, puede acceder al correo electrónico del trabajador y por lo tanto obtener prueba del mismo, siendo en la mayor parte de los casos, un método de obtención de pruebas para el proceso penal muy eficaz, ya que lo habitual es que quede bastante rastro de documentación de intercambio de información entre los investigados. En el tema de las investigaciones internas, el debate es la expectativa de confidencialidad que el trabajador tenía; si el empresario previamente advirtió al trabajador del posible control de ese medio de producción y él manifestó su consentimiento al mismo, aunque sea con carácter previo (con frecuencia a través de la firma del contrato) desaparece esa expectativa de confidencialidad y, por lo tanto, se puede controlar ese medio de producción. Si, por el contrario, el empresario no lo advirtió o no hubo esa prestación de consentimiento, se mantiene la expectativa de confidencialidad y para acceder al correo electrónico es necesaria la autorización judicial.

Con reforma del 2015 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, cuando hay una intervención de los poderes públicos (fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado), ya sea directa o indirecta, es clara y meridiana la necesidad, en todo caso, de autorización judicial; por el contrario, si se trata de particulares, a partir de esta sentencia del caso Barbulescu, se acepta esa posibilidad de obtener y aportar la prueba al proceso penal.

La cuestión sigue presente y de actualidad en algunos asuntos en los que las primeras compañías del Ibex están siendo investigadas en la Audiencia Nacional. El caso Falciani ha sido paradigmático y sigue planteando interrogantes y dudas muy significativas en las investigaciones en curso, dejando abierta la posibilidad de dar un tratamiento jurídico singularizado a los casos en que la fuente de prueba no está conectada a los poderes públicos llamados al ejercicio del *ius puniendi*. Lo más importante es encontrar esa desconexión con los poderes públicos, pues en el momento en que existe cualquier tipo de indicio de posible intervención por parte de los poderes públicos, el problema que se va a plantear es la ilicitud probatoria por vulneración de derechos fundamentales.

## La prueba prohibida aportada por particulares: del TS al TEDH. Ana Carrillo del Teso



Ana Carrillo del Teso  
Profesora Contratada Doctora USAL

En su intervención, Ana Carrillo del Teso, profesora en la Universidad de Salamanca, incidió en la validez de la prueba prohibida aportada por particulares. Cuando la ilicitud la comete un particular contamos con fuertes referentes jurisprudenciales provenientes del Tribunal Supremo a partir de la archiconocida sentencia Falciani. A pesar de que el Tribunal Constitucional tuvo la ocasión de pronunciarse al respecto, no prestó gran

atención al asunto, más allá de decir “que la vulneración originaria del derecho sustantivo fuera cometida [...] por un particular no altera en absoluto el canon de constitucionalidad aplicable desde la óptica del derecho a un proceso con todas las garantías”, FJ 6.a, en la tan criticada STC 97/2019. No abunda más en el análisis de esta excepción; de hecho, abre la puerta a cualquier excepción en el mismo párrafo: “en cada caso concreto, el órgano judicial puede apreciar, con arreglo a los parámetros que ya han sido expuestos, la ausencia de necesidades de tutela procesal en relación con la vulneración consumada, incorporando, en esos casos excepcionales, los elementos controvertidos al acervo probatorio.”

Ante la ausencia de un pronunciamiento claro del Tribunal Constitucional, nos queda mirar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ¿qué dice el Tribunal de Estrasburgo sobre la prueba ilícita aportada por particulares? Con carácter previo, hay que aclarar que la postura del TEDH es equidistante en cuanto a la exclusión, no ha establecido una prohibición expresa ni absoluta de

las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales, sino que ha optado por el análisis de las circunstancias de cada caso. La exclusión probatoria depende, para el Tribunal de Estrasburgo, del derecho que se haya vulnerado y de las condiciones en que se haya desarrollado el procedimiento interno.

Eso es lo que veremos en la resolución de 5 de noviembre de 2020, en la que se enfrentará al problema que nos planteábamos en primer lugar, la prueba obtenida por particulares: la STEDH, 5.11.2020, *Ćwik v. Polonia*, rec. 31454/10.

La síntesis de los hechos es que, durante el juicio del recurrente por delitos relacionados con el tráfico de drogas, se admitieron pruebas que habían sido obtenidas como resultado de los tratos degradantes infligidos a un tercero por particulares. El centro de debate es la admisión de pruebas obtenidas mediante tratos degradantes a un tercero por parte de particulares, sin participación o aquiescencia de agentes estatales.

La doctrina del Tribunal de Estrasburgo ya había sostenido en una serie de casos que la admisión de declaraciones obtenidas como resultado de la tortura o de otros tratos degradantes en violación del art. 3 de la Convención Europea como prueba en un proceso penal hace que el proceso en su conjunto sea injusto, pero el hilo conductor de todos esos casos había sido la participación de agentes del Estado en la obtención de las declaraciones impugnadas del acusado o de un tercero.

La cuestión que se plantea al Tribunal, y que no se había planteado antes, es, por tanto, si esa ecuación (considerar que se ha violado el art. 6, el derecho a un proceso justo, porque se ha dado entrada a una prueba conseguida violando el art. 3, prohibición de la tortura) podía ser aplicable al presente caso en el que se había obtenido información de un tercero como resultado de los tratos degradantes infligidos por particulares, incluso cuando no se había demostrado la participación o la aquiescencia de agentes estatales.

Hay, entonces, dos cuestiones a estudiar:

a) Primero, si la información obtenida del particular en contra de su voluntad debe considerarse como resultado de tortura o trato degradante prohibidos por el art. 3. En este punto, consideran que no es necesario determinar si el trato al que había sido sometido K.G. (el tercero) puede calificarse de tortura en el sentido del art. 3, ya que el material del que disponen, en particular la sentencia del tribunal de primera instancia no deja lugar a dudas de que el trato infligido a K.G. había alcanzado el umbral de gravedad necesario para entrar en el ámbito de aplicación del art. 3 del Convenio. En consecuencia, la información extraída a K.G. se había obtenido como resultado de los tratos degradantes infligidos por particulares y la obligación positiva del Estado derivada del art. 3 era aplicable a estos malos tratos.

b) En segundo lugar, si se ha violado el derecho a un juicio justo. El Tribunal de Apelación ni siquiera abordó el argumento del recurrente de que la

grabación impugnada se obtuvo como resultado de los tratos degradantes sufridos a manos de particulares y la cuestión conexa de la falta de fiabilidad de tales pruebas.

En esencia, el TEDH mantiene que la utilización en un proceso penal de pruebas obtenidas como resultado de un trato a una persona que infringe el art. 3 -se califique ese trato tortura, trato inhumano o degradante- hace que el proceso en su conjunto sea automáticamente injusto, infringiendo el art. 6; independientemente del valor probatorio de la prueba y de si su uso había sido decisivo para asegurar la condena del acusado.

El principio antes mencionado es igualmente aplicable a la admisión de pruebas obtenidas de un tercero como resultado de malos tratos prohibidos por el art. 3 cuando dichos malos tratos han sido infligidos por particulares, independientemente de la clasificación de dichos tratos.

El Tribunal de Apelación aceptó la utilización como prueba de la información extraída a K.G. que había sido obtenida infringiendo la prohibición absoluta de los malos tratos garantizada en el art. 3. Al hacerlo, el Tribunal de Apelación no tuvo en cuenta las implicaciones de su decisión desde el punto de vista del derecho del recurrente a un juicio justo en virtud del art. 6 § 1 del Convenio. El Tribunal Supremo de Polonia, además, desestimó el recurso de casación del demandante por considerarlo manifiestamente infundado y no motivó su decisión. En consecuencia, el procedimiento resultó injusto en su conjunto.

La presente sentencia es muy clara en dos puntos: reitera que la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes es absoluta, es decir, no cabe modulación en atención a un interés superior, aunque sea la persecución del crimen organizado (§ 60), sin importar la seriedad del delito que se investiga o la efectividad de la persecución penal (§ 68).

El segundo punto también comienza con una reiteración: una vez que se verifican las torturas o tratos degradantes, la prueba que se ha obtenido por este medio debe ser excluida, por tanto, si se utiliza en un proceso penal, todo el proceso deviene injusto (§ 75). La novedad, la auténtica aportación, es que esta prohibición de uso de la prueba obtenida mediante torturas opera sean infligidas por autoridades del Estado o por particulares (§ 89), ya que la obligación positiva del Estado derivada de esa prohibición absoluta del art. 3 se extiende a estos casos (§ 84).

No obstante, hubo dos votos particulares que entienden que de la interpretación sistemática de los instrumentos internacionales contra la tortura solo se colige la exclusión de la prueba obtenida por autoridades estatales. En este punto engarzan con la mencionada STS 116/2017 sobre las listas Falciani, que también incide en que los auténticos destinatarios de la exclusión de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, y de su efecto disuasorio, son las autoridades públicas.

En un principio pueda parecer que la STEDH objeto de estudio contradice la “doctrina Falciani” (se excluye la prueba sea la violación del derecho producida por una autoridad o por un particular) y, por tanto, la invalida, por la integración de la interpretación de la CEDH en el acervo constitucional ex arts. 10.1 y 96 CE. Sin embargo, viene a refrendarla, ya que la exclusión de esa prueba se produce por el medio por el cual fue obtenida, por el empleo de tortura o tratos degradantes, sobre el que pesa una prohibición absoluta, y la doctrina Falciani prevé ponderar la gravedad de la infracción cometida por el particular para conseguir la información.

La tortura es, por tanto, el elemento clave, la línea que no se puede trasvasar sea cual sea el delito. Y recordemos que la naturaleza del delito investigado sí es relevante para Estrasburgo. Por ejemplo, en la resolución del caso del caso K. S. y M. S. contra Alemania (STEDH 6 de octubre de 2016, recurso 33696/11), una de las sentencias a las que alude la STS 116/2017. Uno de los requisitos valorados en la STEDH para considerar legitimada la intromisión en el domicilio es que la injerencia sea “necesaria en una sociedad democrática”. Para el TEDH el concepto de “necesidad” implica que una interferencia corresponde a una necesidad social apremiante y, en particular, es proporcional a la finalidad legítima perseguida. Pues bien, se da una especial relevancia a que la orden se dictara para la persecución de la evasión fiscal: sostiene en el párr. 48 que se trata de una infracción que afecta a los recursos del Estado y a su capacidad de actuar en interés colectivo.

En este mismo sentido se pronunciaba el nonato Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013 que, en el art. 13.2. c), permitía el uso de prueba obtenida como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental exclusivamente atribuible a un particular que haya actuado sin ánimo de obtener pruebas, siempre y cuando no estuvieran conectadas con un acto de tortura.

El Anteproyecto de 2020 es más lacónico, pero incluía una prohibición absoluta del uso de prueba derivada de actos de tortura o tratos degradantes. Si pudiera haber alguna duda interpretativa sobre el ámbito subjetivo de tal prohibición, esta sentencia de 5 de noviembre de 2020 las deja resueltas.

## **La prueba ilícita en el TEDH: de Schenk a Zherdev. José Luis Rebollo Álvarez**

Correspondió a José Luis Rebollo cerrar la segunda mesa, quien, antes de entrar en materia, inicio su intervención recordando los años de estudiante en el aula donde se desarrollan las Jornadas.

La práctica del TEDH en materia de prueba prohibida comienza en 1988 bajo los antecedentes de los casos OLMSTEAD c. USA y KATZ c. USA en el Tribunal Supremo de EE. UU., la doctrina de ERNST VON BELING y la STC



114/1984 de 29 de noviembre anterior a la regulación española de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial de 1 de julio de 1985.



*José Luis Rebollo Álvarez  
Abogado y Prof. Asociado (UNIOVI)*

El TEDH ha considerado que las cuestiones procesales relativas a la admisión o inadmisión de una prueba eventualmente ilícita es una cuestión de derecho interno de cada Estado signatario, ahora bien, si procede su examen a fin de comprobar que no se haya truncado el derecho reconocido a un proceso equitativo. Esta doctrina aparece por primera vez en la práctica del TEDH es el asunto SCHENK c. SUIZA (Asunto 10862/84 y Sentencia de 12 de julio de

1988).

En el apartado 45-46 de la sentencia el TEDH establece su doctrina inicial sobre el acceso de la prueba ilícita al enjuiciamiento en base al Convenio:

Aunque el Convenio garantiza en su artículo 6 el derecho a un proceso justo no regula por ello la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que, por tanto, corresponde ante todo al Derecho interno.

El Tribunal no puede, por consiguiente, excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente, como la de que se trata. Sólo le corresponde averiguar si el proceso del señor Schenk, considerado en su conjunto, fue un proceso justo.

Posteriormente en el asunto JALLOH c. ALEMANIA (Asunto 54810/2000 y Sentencia de 11 de julio de 2006), el TEDH consolida esta doctrina insistiendo en que lo que le corresponde es determinar y revisar si el proceso nacional en su conjunto ha sido equitativo.

No en todos los casos el TEDH ha considerado ilícita una prueba obtenida mediante tortura o tratos inhumanos o degradantes pues ha aceptado la excepción a la anterior regla de la fuente independiente de prueba, especialmente mediante confesión, si bien no en el caso de que exista infracción de las más esenciales garantías procesales del derecho a no confesarse culpable. Así, el TEDH en el asunto ALLAN c. REINO UNIDO (Asunto 48539/99 y Sentencia de 5 de noviembre de 2002) declaró por unanimidad que existe una violación de los artículos 8 (derecho al respeto a la vida privada) y 6 (derecho a un proceso equitativo) del Convenio; y en el asunto KHAN c. REINO UNIDO (Asunto 35394/97 y Sentencia de 12 de mayo de 2000)- declara que el uso de dispositivos de grabación de audio y video en la celda del demandante, en el área de visita de la prisión y con un compañero de prisión equivalía a una interferencia con el derecho del solicitante a la vida privada. Ahora bien, la excepción de la fuente independiente de prueba si ha sido utilizada por el TEDH

en el asunto GÄFGEN c. ALEMANIA (Asunto 22978/05 y Sentencia de 1 de junio de 2010).

La doctrina del TEDH en materia de prueba ilícita ha sido resumida y compilada en la sentencia del asunto ZHERDEV c. UCRANIA (Asunto 34015/07 y Sentencia de 27 de abril de 2017): el TEDH -con relación al artículo 3 del convenio (torturas)- declara admisible la demanda, sin embargo sostiene el TEDH que no ha existido violación del artículo 6 del Convenio pues aunque las pruebas obtenidas bajo las mencionadas circunstancias formaban parte significativa de las pruebas en su contra, se considera decisivo que existen otras pruebas en el caso. Más recientemente el TEDH ha tenido ocasión de enjuiciar el asunto CWIK c. POLONIA (Asunto 31454/10 y Sentencia de 5 de noviembre de 2020). El TEDH considera que la tortura o los tratos inhumanos y degradantes son un derecho del Convenio de carácter absoluto y que hace imposible la entrada en el proceso de cualquier prueba así obtenida, aún sin intervención del Estado.

Por tanto y a modo de resumen de las opiniones del TEDH:

a.- El TEDH no puede valorar ni apreciar la ilicitud o licitud de una prueba, que es una competencia exclusiva de cada Estado contratante del Convenio que no catalogaron tal derecho; si puede, y debe, valorar la equidad en conjunto de un proceso, declarando la violación del artículo 6 del Convenio si en base a la prueba la contaminación de la equidad del proceso ha sido relevante.

b.- Para que exista tal declaración de falta de proceso equitativo y justo la prueba ilícita ha tenido que ser relevante para la condena, no siendo suficiente que haya existido y haya sido aportada al proceso.

c.- Es indiferente que el origen de la prueba sea una actividad estatal o de particulares, y, por tanto, también es indiferente que la actividad sea mixta.

d.- El TEDH se muestra más estricto en el caso de que el origen de la prueba sea la tortura, es decir, que exista y así se declare una previa violación del artículo 3 del Convenio; pero ha resuelto la posibilidad de habilitar aquellas pruebas indirectamente derivadas de la original ilícita siempre que la primera desaparezca de la esencia probatoria del proceso.



## MESA 3 (\*)

### LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO LABORAL

La mesa 3 versó sobre la prueba prohibida en el proceso laboral y estuvo moderada por el Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ignacio González del Rey Rodríguez que, a su dilatada actividad académica incorpora una enriquecedora experiencia como letrado en la sala cuarta del Tribunal Supremo. Tras presentar a los ponentes, destacó la conexión entre las medidas de control empresariales, objeto de la primera ponencia, y los pronunciamientos judiciales sobre prueba prohibida, objeto de la segunda ponencia, en la medida en que es lo habitual que la prueba prohibida en el proceso laboral tenga como antecedente la adopción por el empresario de medidas de control, potencialmente lesivas de derechos fundamentales y, con frecuencia, en el ámbito de un proceso de despido, dando lugar a disparidad de criterios sobre la calificación de éste.



*Ignacio González del Rey  
CU Derecho del Trabajo y de la SS (UNIOVI)*

### Control empresarial y prueba prohibida. Luis Pérez Fernández



*Luis Pérez Fernández  
Abogado y Prof. Asociado (UNIOVI)*

La primera ponencia, con el título “Control empresarial y prueba prohibida”, corrió a cargo de Luis Pérez Fernández, abogado del ICA de Oviedo y profesor asociado de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo. Tomando como punto de partida el art. 20 ET que alude al poder de dirección y control que tiene el empresario sobre la actividad laboral que desarrolla el trabajador y que, por imperativo del art. 10.1 CE debe ejercer siempre con pleno respeto a su dignidad.

---

\* Los resúmenes de las intervenciones han sido redactados por José María Roca Martínez.

Las nuevas tecnologías configuran un ámbito especialmente sensible ante posibles vulneraciones de derechos fundamentales; la información que permiten manejar y los datos que se pueden obtener a través de fotografías, correos, conversaciones, mensajes, navegación por internet, etc., serán susceptibles, fácilmente, de afectar al derecho a la intimidad y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos. En este sentido, cualquier medida empresarial de control ha de adecuarse y ser respetuosa con tales derechos pues, de lo contrario, entraríamos en los supuestos de prueba prohibida cuyo marco legal se encuentra en los arts. 11.1 LOPJ, 90.2 LRJS y 55.5 ET. De manera gráfica el ponente se refirió a una pirámide en cuya cúspide estarían los derechos del trabajador 10.1 y 18 CE y en la base las facultades del empleador de vigilancia y control; de lo que se trata es de alcanzar el equilibrio entre ambas posiciones.

Avanzó en su exposición centrándose en las concretas medidas de control de las comunicaciones y de video vigilancia, en la medida en que presentan una casuística numerosa y variada. En relación a las comunicaciones, cuando el trabajador tiene a su disposición medios informáticos del empresario, debe evitar su utilización para fines particulares (si bien suele existir cierta tolerancia), extendiendo este su control a la vigilancia del uso correcto del correo y a la navegación en páginas web, pudiendo verse afectado el derecho a la intimidad. Para delimitar la licitud o no del control empresarial, hizo referencia al test de proporcionalidad, al que no dudo en considerar excesivamente subjetivo, integrado por la exigencia de justificación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. La STC 241/2012 recomienda el establecimiento de buenas prácticas o protocolos, incluyendo como pautas las siguientes: no deben establecerse prohibiciones absolutas al uso particular, ya que el trabajador no está incomunicado en la empresa y debe admitirse la realización de actividades particulares esporádicas o puntuales (consultar información en páginas de noticias o de diarios, realizar gestiones personales de banca, seguros, etc., responder mensajes de correo o de whatsapp, etc.); no caben medidas arbitrarias, debiendo adecuarse al test de proporcionalidad y correspondiendo al empresario la valoración inicial de tal adecuación; es necesario informar al trabajador de las medidas adoptadas (caso *Barbulescu*), aunque de tal deber se exime al empresario cuando media autorización judicial; no supone injerencia la obtención de hallazgos casuales (p. ej. cuando la razón de la intervención o revisión de un equipo informático tiene su origen en la existencia de un virus), ni los supuestos en que el equipo informático sea de uso compartido con otros compañeros, pues correspondería al trabajador adoptar las precauciones necesarias (utilización de contraseñas o carpetas privadas).

Pasando a las medidas de video vigilancia, el ponente continuó explicando la evolución de la concepción del trabajo para el TC que, si bien en un primero momento lo consideró un acto social no íntimo, susceptible de control empresarial “con sus ojos y oídos” (STC 142/71993), pronto pasó a entender que “tiempo y lugar de trabajo no son ajenos a la intimidad” (SSTC 98/2000 y

186/2000). Como punto de partida, el TC se refiere a la necesidad de que la medida de video vigilancia sea idónea, proporcionada y respetuosa con los derechos fundamentales; en su condición de Letrado, cuestionó el ponente la utilidad de tales afirmaciones, que son “como no decir nada”.

La video vigilancia puede afectar al derecho a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos, debiendo distinguir en función del lugar objeto de vigilancia, según sean de uso profesional o no profesional. En las zonas de uso no profesional, tales derechos están especialmente protegidos; como tales no existe duda en considerar los servicios y vestuarios. Ahora bien, las dudas surgen con los comedores y zonas de descanso, respecto a los cuales se ha utilizado el término “vigilancia débil”, admitiendo grabaciones con escasa calidad y sin sonido, a los solos efecto de controlar el acceso al comedor de trabajadores de otras empresas o de vigilar las máquinas *vending*.

Una cuestión llamativa sobre la que hizo una mención especial son los que vienen denominándose “test de honestidad”, como en el que se metió dinero en la caja a una trabajadora y esta, al hacer el arqueo y comprobar el descuadre, se apropió del exceso; pues bien, el TSJ de Cataluña aplicó la regla de exclusión respecto a la grabación en la que se veía a la trabajadora coger el dinero.

En relación a los requisitos necesarios para validar una video grabación, identificó un primer momento (hasta la STC 29/2013), dominado por la exigencia rígida del test de proporcionalidad y por la posterior incorporación del deber de información expresa que, con el caso Berskha (STC 39/2016), primero, y como consecuencia del caso López Ribalda (STEDH Gran Sala de 17 de octubre de 2019), después, se suavizó al admitir la simple colocación de carteles.

Tras un breve comentario sobre el conocido asunto del conductor de autobús de Vigo (que permitía el acceso sin billete a una señora con la que luego mantenía “contacto estrecho”), concluyó Luis Pérez poniendo de manifiesto la necesidad de adecuar las medidas de control empresariales al test de proporcionalidad, habida cuenta del riesgo cierto de que el resultado de tales medidas pueda verse excluido del proceso por vulnerar derechos fundamentales del trabajador, destacando los bandazos de la jurisprudencia.

## Últimos pronunciamientos del TS sobre prueba prohibida en el proceso laboral. José María Roca Martínez

La segunda intervención de la mesa sobre la prueba prohibida en el proceso laboral corrió a cargo de José María Roca Martínez. Comenzó su intervención retomando las palabras iniciales de José Luis Rebollo, ya que, como él, pero un año antes (no por ser mayor, sino porque Rebollo es más joven), Roca cursó el tercer curso de licenciatura en la misma aula Magna en la que se desarrollan las Jornadas; recordó su examen oral de Derecho Internacional Público, con los profesores Luis Ignacio Sánchez y Paz Andrés, que le preguntaron la inmunidad de jurisdicción, lo cual permitió al entonces examinando lucir dotes idiomáticas, tanto de latín «*par in parem non habet imperium*», como de inglés «*the king can do no wrong*».



José María Roca Martínez  
PTU Derecho Procesal (UNIOVI)

Acompañando su exposición con una presentación, estructuró su ponencia en tres apartados: la prueba prohibida, los efectos o consecuencias directas (la regla de exclusión) y los efectos o consecuencias indirectas (la calificación del despido), anunciando centrarse en el último apartado para no repetir cuestiones ya expuestas. Casi telegráficamente recordó que la prueba prohibida en nuestro derecho tiene su origen en nuestro derecho en un asunto laboral (STC 114/1984, de 29 de noviembre), de donde pasó a la LOPJ (11.1) y a los sucesivos textos reguladores del proceso laboral (90.1 LPL 1990 y de 1995, así como 90.2 LRJS). Igualmente, de forma resumida se refirió a la colisión de derechos empresario-trabajador que se encuentra en los aspectos basales de la prueba prohibida en el proceso laboral: para el trabajador el respeto a la vida privada y familiar (8 CEDH), la intimidad (18.1 CE), el secreto de las comunicaciones (18.3 CE), las limitaciones en el ámbito informático (18.4 CE), la inviolabilidad (18 ET), la dignidad (20 ET) y la intimidad digital y la desconexión (20.bis ET); para el empresario, el poder de dirección y control (20 ET) y la posibilidad de llevar a cabo registros (18 ET).

La comparación entre la LOPJ y la LRJS pone de manifiesto que entre ambas hay un matiz diferenciador muy importante, que es el momento procesal en que cada una sitúa la prueba prohibida; así, mientras que para la LOPJ “no surtirán efecto”, sin mencionar el momento procesal”, la LRJS se refiere de manera preferente al trámite de admisión (“no se admitirán”), si bien prevé la exclusión en cualquier momento posterior.

La comparación entre la LOPJ y la LRJS pone de manifiesto que entre ambas hay un matiz diferenciador muy importante, que es el momento procesal en que cada una sitúa la prueba prohibida; así, mientras que para la LOPJ “no surtirán efecto”, sin mencionar el momento procesal”, la LRJS se refiere de manera preferente al trámite de admisión (“no se admitirán”), si bien prevé la exclusión en cualquier momento posterior.

Retomando la precedente intervención de Luis Pérez, repasó la evolución del TC que, en sus primeros pronunciamientos, centró la problemática de la

prueba prohibida en la superación del test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto), sin hacer mención alguna a la necesidad de informar a los trabajadores acerca de las medidas de control adoptadas (la STC 186/2000 resume tal postura con cita de numerosas resoluciones anteriores); el derecho a la información por parte de los trabajadores se incorpora en un segundo momento que, a su vez, tuvo una especie de camino de ida y vuelta, pues si primero se exigió una información previa, expresa, precisa, clara e inequívoca (STC 29/2013), pronto se flexibiliza admitiendo la mera colocación de distintivos informativos (STC 39/2016), asumiendo el TS este segundo criterio (SSTS 4ª 77/2017 de 31 de enero, 86/2017 de 1 de febrero, 96/2013 de 2 de febrero).

El camino por el que ha transitado el TEDH es bastante similar. Con la sentencia del asunto *Barbulescu* (ampliamente comentada en estas Jornadas), su conocido test aporta como novedad el deber de información y la exigencia de garantías en la adopción de medidas de control. En el asunto *López Ribalda*, tras sostener la sección 3ª una exigente interpretación del derecho a la información (STEDH sec. 3ª, de 9 de enero de 2018), la Gran Sala asume la suficiencia de los distintivos informativos e, incluso, flexibiliza su exigencia introduciendo excepciones. Tal criterio no tardó en ser reflejado por los TTSSJJ en sus resoluciones (STSJ Cataluña 5594/2019, de 21 de noviembre, STSJ Andalucía 612/2020, de 20 de mayo).

Entrando ya en el problema específico que la prueba prohibida suscita en el proceso laboral, ha de mencionarse la STC 61/2021, de 1 de marzo. Los hechos consistieron en la monitorización del ordenador utilizado por una trabajadora como medida de control de su rendimiento, resultando de ello que dedicaba el 70% de su jornada laboral a la realización de actividades personales. El despido fue impugnado y el JSoc nº19 de Madrid, tras considerar desproporcionada la monitorización porque supuso el acceso a correos personales y porque había alternativas menos gravosas (test *Barbulescu*), determinó que la prueba había vulnerado derechos fundamentales, calificando como nulo el despido, fijando, además, una indemnización por la vulneración de los derechos fundamentales; desestimó, no obstante, la alegación de acoso planteada también por la trabajadora). El TSJ de Madrid, en la sentencia 591/2018, confirmó la ilicitud de la prueba y mantuvo su exclusión, pero consideró que la decisión extintiva no es vulneradora de derechos fundamentales, sino que su incidencia se produce exclusivamente en el ámbito de la prueba, de manera que con su exclusión, el despido queda huérfano de prueba, debiendo calificarse como improcedente; como consecuencia de ello y de la desestimación de la reproducida alegación de acoso, el TSJ revocó la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Inadmitido el recurso de casación para unificación de doctrina, la trabajadora recurrió en amparo al TC y éste en su sentencia, no establece un criterio definitivo sobre cuál ha de ser la calificación del despido, pero sí apunta la que parece que será su interpretación. El TC sostiene que cuando el despido se justifica en una prueba que ha



vulnerado derechos fundamentales, no existe un derecho constitucional a la calificación del despido como nulo, pues tal decisión extintiva no es vulneradora de derechos fundamentales, considerando que su calificación como improcedente no es arbitraria ni irrazonada. Sí estima el amparo el TC en lo que se refiere al derecho a indemnización por la vulneración de derechos fundamentales (la intromisión que supuso la monitorización), reponiendo las actuaciones para que el TSJ fije la indemnización que corresponda.

La primera conclusión es que la cuestión no está cerrada; primero porque ha sido dictada por la Sala Primera y cuenta, además, con un voto particular, y segundo porque no incluye un pronunciamiento expreso sobre la calificación del despido. Aun así, parece que el TC apunta una interpretación que justifica la calificación del despido como improcedente y confirma la indemnización cuando se vulneren derechos fundamentales, incluso cuando ello tiene lugar en la obtención de pruebas.

El ponente trasladó su valoración personal que condujo a tres posibilidades:

- Si la prueba ilícita por vulnerar derechos fundamentales es la única: la regla de exclusión determina que no puede admitirse ni producir efecto tal prueba, determinando la calificación del despido como improcedente, debiendo fijar el tribunal la indemnización por la vulneración de derechos fundamentales
- Si la prueba ilícita coexiste con otras pruebas y entre ellas existe conexión de antijuridicidad: su ilicitud arrastra a las demás pruebas y la solución será la misma que en el supuesto anterior
- Si la prueba ilícita coexiste con otras pruebas sin conexión de antijuridicidad entre ellas: la regla de exclusión solo afectará a la prueba ilícita, debiendo valorar las demás pruebas, por lo que en función de tal valoración el despido habrá de calificarse como procedente o improcedente, si bien la vulneración de derechos fundamentales ocasionada con la obtención de la prueba excluida dará lugar a la correspondiente indemnización.

Finalmente, el prof. Roca se refirió a la conexión de antijuridicidad, destacando las contradicciones existentes en la jurisprudencia, repasando y comentando diversos supuestos relativos a la toma de fotografías, a la realización de grabaciones y a la declaración testifical de detectives.

## MESA 4

### LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO CIVIL (\*)

La sesión vespertina del día 3 comenzó con la mesa titulada “La prueba prohibida en el proceso civil”, que fue moderada por el abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, Ernesto Tuñón Oyón, quien comenzó poniendo de manifiesto la densidad del programa y advirtiendo de la necesidad de utilizar con prudencia los tiempos asignados.



*Ernesto Tuñón Oyón, abogado ICAO*

#### **Necesidad de la prueba civil. Proposición y admisión. Anticipación y aseguramiento. Sonia Calaza López**



*Sonia Calaza López  
CU de Derecho Procesal UNED*

Sonia Calaza López, Catedrática Derecho Procesal de la UNED, en su ponencia titulada «Necesidad de la prueba civil. Proposición y admisión. Anticipación y aseguramiento» hace un interesantísimo recorrido sobre la prueba civil, al merecer un capítulo aparte dentro de la prueba en general en el Congreso ya que, si bien la jurisdicción es única, es una protolengua o lengua madre con

lenguas hijas que son autónomas, que no son dialectos, y tan dispares entre sí como la civil, penal, contencioso-administrativa o laboral. Todas tienen un tronco común, pero, a lo largo del tiempo han logrado autonomía o individualidad fundamentalmente porque la prueba es el eje que viene a dirimir conflictos públicos, privados, semipúblicos o semiprivados y gozan de unos caracteres prácticamente opuestos según en qué proceso se practiquen.

La prueba civil presenta notas comunes al resto de prueba, aunque tiene otras absolutamente distintas. El objeto de la prueba en general, y también de la

---

\* Los resúmenes de las intervenciones han sido realizados por Manuela A. Rodríguez Morán.

civil, se contrae a la comprobación de los hechos naturales, históricos, empíricos, pasados, desconocidos, es decir, que no son hechos notorios.

El derecho a la práctica de la prueba es un derecho fundamental pero no ilimitado o absoluto que, por tanto, debe adecuarse a un protocolo legal -que es el que establece sus cánones o reglas de actuación y lo que se aparte de ahí es prueba prohibida- y a un protocolo jurisdiccional -que son los atributos de pertinencia, utilidad, legalidad y licitud, respetuosa con las garantías constitucionales.

A continuación, la ponente se adentra en el estudio de la prueba electrónica, teniendo en cuenta la velocidad vertiginosa de la red y la cambiante realidad tecnológica a la que nos sometemos cada día. Por prueba electrónica se puede entender toda la contenida a través de la red o en un equipo o dispositivo informático, que ha de ser respetuosa con el procedimiento legalmente establecido y con los derechos fundamentales. Suele suceder que la prueba electrónica no es una prueba pura, sino una “prueba de la prueba” que nos ayuda a alcanzar la verdad sobre un hecho, lo más aproximado a lo que ha acontecido en la realidad.

La ponente asume el reto de realizar un análisis pormenorizado de los tipos de prueba electrónica, analiza con rigor la peculiaridad de que, dependiendo de dónde la extraigamos, puede ser volátil o no, con la enorme dificultad que entraña por la escasísima regulación sobre este tema, clasificándolas en primer lugar en pruebas dimanantes de la red, como páginas web, correos electrónicos, archivos informáticos, etc., que se caracterizan por su volatilidad y el peligro de que pueden ser manipuladas porque carecen de un soporte físico y no permanecen en la red en el estado en el que nosotros las hemos realizado, es decir, pueden ser manipuladas.

En segundo lugar, las pruebas dimanantes de un dispositivo informático o electrónico como una CPU, pendrive, y dentro de éstos, una subcategoría como fotografías, videos, audios, que se caracterizan por ser no volátiles porque una vez que han sido aprehendidas se pueden custodiar, dando lugar a que sobre ellas se pueda practicar una pericial de ahí que digamos que son una “prueba de la prueba” y que no son pruebas puras sino que son una primera prueba sobre la que hay que practicar otra para conocer quiénes son los comunicantes, es decir, el emisor y el destinatario, que ese es el contenido y que no ha sido manipulado, por eso en el proceso civil hay que anticiparla, porque la mayor parte de las pruebas tecnológicas son pruebas anticipadas, lo que en el proceso penal llamaríamos preconstituidas pero que en el proceso civil vamos a denominar aseguradas. Además, la mayor parte hay que custodiarlas y ahí es donde reside la dificultad de la prueba tecnológica, no tanto en su obtención sino en la custodia, eso que la jurisprudencia denomina la mismidad, el tener la absoluta certeza de que la que ha sido aprehendida u obtenida es la que luego ha de ser valorada por el Juez.

Y, por último, las pruebas mixtas que son un híbrido en parte electrónica y en parte física como la videoconferencia o las pruebas periciales sobre aparatos informáticos. La Ley de Enjuiciamiento Civil parece referirse a todas ellas en un único precepto, sin que haya una regulación de la prueba electrónica en sí en el marco del proceso civil, está algo más avanzada dentro del proceso penal sin ser tampoco una regulación muy casuística. Nos dice el artículo 299.2º LEC que “También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”. No hay nada más, a partir de aquí todo queda en manos de la buena praxis judicial aderezada con algún componente de que en los juzgados se encuentren personas especializadas en derecho informático, pero poco más. Por ello es importante para una futura regulación de la prueba electrónica el proyecto del Profesor Pérez-Cruz de regular estos canales porque lo que no puede suceder es que la prueba electrónica sea una prueba en virtual de la analógica, porque tiene peculiaridades propias, tanto las que están como las que han de llegar, o como las que ya se han regulado en el proceso penal como los dispositivos de geolocalización, los drones y, a saber, puede llegar a implementarse la máquina de la verdad. En consecuencia, deben regularse porque tienen un doble soporte, no es como la prueba analógica, tiene un soporte de hardware que incluyen componentes físicos o materiales (disco duro, monitor, ratón, CPU, etc.) y otro de software, que son esos componentes inmateriales (sistemas antivirus, sistemas operativos, navegadores que diremos están en el alma de la computadora). Por tanto, mente y cuerpo artificiales es lo que tiene que ser examinado por el juez y la pericial va a ser la prueba reina porque el juez, por muchas máximas de experiencia que tenga, no va a poder tener la absoluta certeza de que ese contenido no ha sido manipulado de ahí la brecha digital. Ese cuerpo y alma digital deben ser inspeccionados no sólo frente a las anomalías técnicas y esa idea de que ha podido ser manipulada por las partes porque cada vez es más fácil manipularlas, crear canales o identidades falsas, trasladarlas solo con la finalidad de dejarla preconstituidas –aunque sea un término penal, pero es más gráfico que el de aseguramiento– perfectamente garantizadas para que el juez no tenga más que verlo y condenar por ello.

En consecuencia, la ponente resalta la necesidad de una regulación autónoma de este tipo de pruebas dado que hemos superado el proceso escrito, estamos a punto de superar el proceso oral y nos encontramos ante un momento híbrido en los juzgados ante la digitalización dado que lo escrito ni lo oral va a perdurar, a fin de afrontar la brecha digital, con el temor a lo desconocido, a lo digital y la confianza que el juez debe depositar en los terceros, con la necesidad de esos peritos informáticos, con conocimientos en derecho e informáticos debiéndose crear una titulación específica. La justicia del siglo XXI no puede ser como la que conocemos hasta este momento.

Ahora mismo, no existe una regulación de cada una de las pruebas tecnológicas. Hablamos de manera impropia de los documentos electrónicos, trasladando la regulación de los documentos públicos y privados a los documentos electrónicos públicos y documentos electrónicos privados, que pueden ser muy fácilmente manipulables y no debieran ser prueba plena.

Se ha implementado la videoconferencia, sobre todo con la pandemia que, presenta ventajas económicas pero la contradicción, oralidad, publicidad se pierde.

En resumen, la prueba pericial es la prueba reina en la prueba electrónica porque una vez que queda custodiado por el LAJ, cualquier mecanismo electrónico que se conecta a la electricidad puede destruirse en un segundo, implementando lo que en los juzgados se llaman jaulas de Faraday consistentes en una desconexión electrónica, y que hace que una vez que se aprehende se produce un clonado y sobre éste se ha de trabajar conservando la cadena de custodia.

Y, por último, nos señala que el reconocimiento judicial deberá contar con un apoyo de técnicos especialistas en la materia.

## **La prueba en los procedimientos de filiación. Julio F. Carbajo González**

El Profesor Titular de Derecho Civil Julio F. Carbajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, en su ponencia «La prueba en los procedimientos de filiación» reflexiona sobre la pertinencia de la prueba y su eficacia en orden a la resolución de los procedimientos que se abren para determinar una filiación.



*Julio F. Carbajo González  
PTU Derecho Civil UNIOVI*

Realiza un pormenorizado recorrido desde el año 1981 en que se reforma el derecho de familia en España en este campo hasta llegar a nuestros días a través de las acciones de filiación para la acomodación de la verdad biológica con la verdad material que proclama el Registro Civil en orden al estado civil de las personas y las importantes consecuencias que de todo ello se deriva.

La CE española cambió la filosofía, con la no discriminación entre la clase de filiación, a través del artículo 39, según el cual los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. Se reformó el Código Civil con la Ley de 13 de mayo de 1981, y le dedica los antiguos artículos 127, 128, 129 y 130

para introducir las acciones e impugnaciones de la filiación. Son normas de carácter absolutamente procesal porque regulaban aspectos de legitimación y plazo. Realmente representan la pretensión de un aspecto sustantivo que luego, con la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, que integró en su regulación especial lo que ya recogía el Código Civil con algún aditamento que no figuraba en la regulación inicial.

El ponente centra su análisis en dos cuestiones primordiales: la primera ese requisito del principio de prueba que hoy está en el artículo 767, apartado primero de la LEC, que hay que incorporar con la demanda para que se admita a trámite. Él lo criticó mucho en su momento porque tenía un sentido de dotar, a simple vista, de dar apariencia de seriedad a su demanda, algo absolutamente excepcional dentro de nuestro proceso. En la intrahistoria del artículo pesaba el miedo ancestral que siempre hubo de las demandas de paternidad en las familias burguesas del Código Civil de 1989 sobre la filiación dentro y fuera del matrimonio.

Entiende el conferenciante que hay otros procedimientos diferentes al principio de prueba, recordando un caso que salió en la prensa de hace años, sobre la presunta hija de Dalí, en el cual llegaron a exhumar el cadáver y que luego resultó que no había ninguna concordancia genética, desestimándose la demanda en primera instancia y el asunto no llegó más allá porque a la señora se la encontró muerta en un banco en la calle dos años más tarde.

Realmente la idea de que el principio de prueba tiende a evitar demandas infundadas no lo acaba de ver del todo, analizando los diferentes supuestos en la jurisprudencia y que, entiende que en la práctica el Tribunal Supremo se ha cargado porque algunos tribunales eran muy laxos al admitir, papeles, fotografías, etc. Algunos juzgados además admitían como principio de prueba la declaración en la propia demanda de la proposición de medios de prueba que en su momento se propondrán, y ello es cargarse la razón de ser del artículo. En legislación civil, no de derecho común, hay normativa catalana, por ejemplo, que se excluye los principios de prueba, no así en Navarra que lo mantiene. En este sentido, la STS 3 de diciembre de 1991 señala que basta que con la demanda se oferte la posibilidad de practicar pruebas en el momento adecuado y de este modo se lleve a cabo un control de la admisibilidad.

Una vez presentada la demanda habiendo sido admitida a trámite, la piedra angular está en la práctica de la prueba que el Profesor Carbajo señala que tendemos a pensar que la única prueba que tiene sentido y cobra protagonismo, es la prueba biológica, pero la filiación es un tema jurídico con sustrato biológico, la filiación se puede probar de muchas maneras, antes lo decía el artículo 135 del Código Civil y ahora lo señala el artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aparte de la prueba directa, que solo se puede conseguir por la prueba biológica, hay otras pruebas como, por ejemplo, el reconocimiento de una paternidad o la convivencia aunque es verdad que si queremos probar la generación hay que acudir a la prueba biológica.

Sin embargo, el ponente se ha encontrado en su andadura como Magistrado suplente que en algunos procedimientos no hay nada de nada: no hay prueba contundente de ningún tipo y la prueba biológica no se acaba practicando, y entramos en una ratonera que no sabemos cómo salir.

Las pruebas biológicas de la filiación tienen características propias, son pruebas periciales que se han de practicar con todas las garantías a través de Departamentos de Medicina Legal de las Facultades de Medicina, Servicios de Hematología o Genética de los hospitales correspondientes, pero plantean una duda sobre qué pasa cuando la prueba biológica no se puede practicar por el rechazo de quien debe realizarla, porque cuando la prueba se practica el juzgador decide conforme a su resultado porque con la prueba de ADN prácticamente se llega a una conclusión del cien por cien, incluso sobre la exhumación de cadáveres fallecidos hace muchísimos años, aconsejando a los abogados que si se sospecha que puedan plantearse asuntos de paternidad recomienden a sus clientes que se incineren los cadáveres rápidamente, o impedir la incineración judicial para que se pueda practicar la prueba.

Si la prueba se practica el pleito está resuelta, pero si no se realiza por la negativa, por la renuencia de la persona que debe someterse a ella, los tribunales siempre buscaron la fórmula para valorar la negativa ya que nunca debería entenderse como una *ficta confessio* sino como un indicio con las que permitieran al juzgador valorar en conjunto con los demás medios de pruebas y estimar o denegar la pretensión.

El problema es que, en ocasiones, no hay otras pruebas adicionales y sólo había pequeños indicios. Se reformó entonces la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 767 dice alguna cosa muy interesante como que la negativa injustificada se valorará como un indicio que sumado a otros indicios permite pronunciarse en un sentido o en otro.

Ello nos lleva a un análisis inicial: si la negativa es injustificada es que pueden existir negativas justificadas y esto es un primer problema para el jurista sobre ¿qué se entiende por una negativa justificada. A lo mejor un estado de salud muy quebrantado que no le permita someterse a ella, pero, no se le ocurre el caso de una persona que esté tan malita de salud que el obtener unas gotitas de sangre le supongan un trastorno superior, pero la jurisprudencia así lo reconoce. Otro ejemplo más sutil, que haya indicios que lleven a pensar que lo que se solicita no tiene fundamento y si eso es así para qué está el principio de prueba que en su día se planteó como una manera de control, lo que hace poner en duda al ponente.

Lo que hace toda la doctrina del Tribunal Supremo, con interpretaciones constitucionales, es dejar a un lado de vulneración de derechos fundamentales del sujeto para no someterse a la prueba biológica que, como sabemos, no puede realizarse coactivamente en nuestro ordenamiento jurídico y está claro que ni lesiona el derecho al honor, ni a la intimidad, no porque no haya lesión

sino porque hay otros intereses de contrario más poderosos, sociales, familiares, de coadyuvar con los intereses de los menores en algunos casos, de que la prueba se pueda practicar.

En resumen, la *ficta confessio* debe ser valorada junto con otros indicios.

## **La prueba prohibida en los procedimientos de familia. Manuela A. Rodríguez Morán**

Manuela Andrea Rodríguez Morán, abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo y Profesora Asociada de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de Oviedo, en su ponencia titulada «La prueba prohibida en los procedimientos de familia» realiza un análisis de la jurisprudencia más reciente acerca de la licitud o ilicitud de pruebas obtenidas en el ámbito familiar, con supuestos eminentemente prácticos que se plantean en su quehacer diario como letrada en ejercicio, teniendo en cuenta la especialidad de estos procesos y la facilidad de obtención de pruebas al alcance de cualquier persona al poder realizarse con un simple móvil.

Comenzando por la grabación de conversaciones telefónicas de los progenitores con sus hijos puede ser considerada prueba lícita si, quien la graba ha sido parte de la conversación, como señala la SAP Asturias 29 de junio de 2018, en un asunto de Modificación de Medidas, aunque lo haya hecho sin autorización del otro interlocutor. Sin embargo, la SAP A Coruña de 25 marzo 2019 declara ilícitas la grabación por la madre de las conversaciones entre el padre y sus hijos, al no haber sido participado en la misma.

### GRABACIONES

SAP Asturias 29 de junio de 2018, Secc 6ª, 280/2018, Rec. 193/2018, Ponente: Rianza García, Jaime, LA LEY 114787/2018, ECLI:, ES:APO:2018:2077, en una Modificación de Medidas, FJ 2:

*“La grabación por ello de los interlocutores de la conversación no conculca acto alguno impuesto por el art. 18.3, quien graba una conversación de otro atenta, independientemente de toda otra consideración al derecho reconocido en el art. 18.3 CE; por el contrario quien graba una conversación con otro no incurre por este solo hecho en conducta contraria al precepto constitucional citado”*

No se considera prueba ilícita el informe de un detective que aporte datos obtenidos en la vía pública, SAP Valencia, 1 de octubre de 2009, por el contrario sí es ilícita cuando se han vulnerado derechos fundamentales, tal como fundamenta la SAP Salamanca de 9 de marzo de 2009, en cuyo FJ 2º razona que no se excluye como prueba ilícita un informe de detectives, a los efectos de acreditar la extinción de una pensión compensatoria por convivencia de la perceptora con tercera persona, sino únicamente dos fotografías acompañadas en el informe, obtenidas en una vivienda, concretamente en el jardín, por estimar que dicho ámbito afecta a la intimidad.



En cuanto a las grabaciones de audios de los hijos menores, la SAP Córdoba 21 enero de 2021 en un procedimiento de Modificación de Medidas en el que se acuerda un cambio de guarda y custodia en favor del padre la declara prueba ilícitamente obtenida.

Llama la atención la declaración de licitud de una prueba psicológica obtenida sin el consentimiento de uno de los progenitores, como realiza la SAP Málaga 19 de diciembre de 2019, en una Modificación de Medidas, que admite un informe psicológico realizado por los Servicios Sociales de un Ayuntamiento aun con la oposición expresa del padre, lo que lleva a la ponente a reflexionar cómo encaja con el artículo 25 del Código Deontológico de los Psicólogos, el artículo 9.3 c) Ley de Autonomía del Paciente del consentimiento informado de los padres y el artículo 156 CC sobre patria potestad compartida exige acuerdo conjunto de ambos progenitores, aun cuando la única excepción son los supuestos de violencia de género.

Nuestros tribunales vienen admitiendo las fotografías de los menores como prueba, como en la reciente SAP Tarragona de 21 de abril de 2021, sin que haya vulneración del derecho a la intimidad, aunque se hayan tomado en unos terrenos rústicos privados argumentando que han sido tomadas muchas ellas desde la lejanía, y donde no se aprecia que este limitado o imposibilitado el acceso.

Mención especial se dedica a la aportación de documental del otro progenitor que se considera ilícita si carece de trascendencia para el objeto de la litis, como la SAP Barcelona de 12 marzo de 2018, que dirimía la pensión compensatoria. Sin embargo, se admite la aportación de cualquier documento que estuviese en el domicilio conyugal. Así, la SAP Coruña 17 junio 2020, admite las pruebas aportadas referentes al pago del alquiler de la vivienda ganancial, reconocimientos de prestaciones a favor de los hijos comunes o certificaciones del IRPF. Claramente es ilícita la documental obtenida después de la entrada en una vivienda sin consentimiento de su titular, por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), SAP Valencia 14 octubre 2004, o si ya ha existido una separación de hecho, pues ante la inexistencia de relación conyugal, se infringe el principio de confianza mutua, recogido en el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el art. 18.4 CE como argumenta la SAP Barcelona, Secc. 18ª, de 21 de enero de 2015.

La jurisprudencia considera lícita la prueba extraída del lugar de trabajo del otro progenitor y, en este sentido, la SAP Tarragona, 15 julio de 2020 en un procedimiento de Divorcio entiende que la aportación de una copia de las agendas del consultorio médico del esposo porque la esposa era empleada de la clínica y tenía acceso a las dependencias y a las agendas; o se admite la documentación económica existente en el domicilio común, como lo hace la SAP Sevilla de 14 de noviembre de 2003 o la muy detallada SAP Barcelona 21 de enero 2015.

Tampoco es prueba ilícita la aportación de extractos bancarios de la parte contraria si puede presumir que tuvo acceso a ellos durante la convivencia, se encontraban en el domicilio familiar y que, por su naturaleza, tienen relevancia en la decisión, según la SAP Sevilla de 1 de junio de 2021, tanto estuviesen en régimen de gananciales, SAP Málaga, de 24 de julio de 2015, o en separación de bienes, conforme a la SAP Córdoba de fecha 27 de marzo 2015.

Otro tema muy interesante resulta el de los informes médicos de la otra parte: no se reputa ilícita la aportación de un informe psiquiátrico y la posterior declaración testifical del psiquiatra cuando el padre padecía trastornos de personalidad y adicción al alcohol ya que había autorizado a la esposa para que le acompañara al psiquiatra, excluyendo con tales actos propios el conocimiento de los datos relativos al trastorno SAP Córdoba de 11 de abril de 2002.

Sí es prueba ilícita por intromisión en el derecho a la intimidad la difusión en el proceso de fotocopias de un diario personal de la otra parte, con la intención de demostrar que padecía trastornos psíquicos que le impedían ejercer la guarda y custodia. STS, Sala 1ª, de 23 de febrero de 2006 y SAP Córdoba, secc. 3ª, de 11 de abril de 2002.

Evidentemente, no se considera prueba ilícita la aportación de las actas del previo proceso de mediación, firmadas por ambas partes y el mediador, por estimar que no ha existido infracción de derecho fundamental alguno ni del deber de confidencialidad, dado que el deber de secreto que alcanza al mediador y a las partes se refiere a las informaciones confidenciales, pero no al acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial, STS, Sala 1ª, de 2 de marzo de 2011.

La SAP Asturias, 28 de febrero de 2013 no considera ilícita ni se considera infringido el derecho a la intimidad, cuando la información se obtiene a través del acceso genérico por buscadores de internet y dicha información tiene incidencia sobre el interés del menor de cara a estimar la oportunidad o no de un sistema de guarda compartida.

¿Y qué pasa con los Whatsapp? La SAP Córdoba de 2 de abril de 2014, admite como prueba la validez de un Acta sobre el contenido de mensajes de Whatsapp extendida por el LAJ o las de un grupo de WhatsApp facilitado por una persona integrante del mismo que hace un pantallazo, como nos dice la SAP de Valencia de 8 de abril de 2016.

¿Qué hacer ante la sospecha de que se hayan eliminado ciertos mensajes dentro de una conversación de Whatsapp? La STS de 19 de mayo de 2015 entiende que será indispensable la realización de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la identidad de su contenido.

La conferenciante, a modo de reflexión final, se pregunta si puede el argumento utilizado en la mayoría de las sentencias del “superior interés del

menor” justificar intromisiones ilegítimas cuando hay cauces procesales suficientes para lograr pruebas sin dichas injerencias y, en segundo lugar, cuáles son los límites al derecho a la intimidad en el ámbito de la pareja o del matrimonio.

## MESA 5

### LA PRUEBA PROHIBIDA: EXPERIENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO (\*)

La quinta mesa dedicada a las experiencias en el derecho comparado fue moderada por el Prof. Pérez-Cruz Martín, integrando la misma Carlo Vittorio Giabardo, doctor en Derecho e investigador postdoctoral en la Universidad de Girona, Renato Machado de Souza, doctor en Derecho y Director de Acuerdos de Lenidad de la Contaloría General (Brasil), Isabel Nuques Martínez, Notaria (República del Ecuador) y Gabriel Yovany Suquí-Romero, doctor en Derecho y profesor de Derecho Procesal Penal en la Universidad Técnica de Machala (República del Ecuador); el primero de los mencionados intervino de manera presencial, mientras los demás miembros de la mesa lo hicieron telemáticamente.

#### Prueba prohibida y ética del proceso civil: un enfoque comparado. Carlo Vittorio Giabardo

El Prof. Giabardo inicio su disertación subrayando el componente ético y moral que presenta la prueba prohibida, subrayando el enfoque del tema de la prueba prohibida como un problema de “political morality” (William Twining); es decir, como una forma de priorizar ciertos valores sobre otros y, específicamente, los valores de la protección de los derechos fundamentales sobre la averiguación de la verdad.

Se refirió a la tesis, plasmada en la obra de William Twining «*Rethinking evidence. exploratory essays*», en orden a que la exclusión de la prueba prohibida se trata de un problema de moralidad pública, es decir, cuando el legislador se plantea el problema de cuándo (siempre en alguna ocasión), quién debe excluir la prueba prohibida es un tema de moralidad pública, puesto que excluir o no una prueba significar priorizar un valor sobre otro, es decir, priorizar el valor de los derechos fundamentales sobre el de la verdad y,



Carlo Vittorio Giabardo

---

\* Los resúmenes de las intervenciones han sido redactados por Agustín J. Pérez-Cruz Martín.

consecuentemente, sobre la justicia de la decisión o, mejor dicho, en la línea de Michele Taruffo, sobre la corrección de la decisión, es decir, no es posible la corrección de una decisión que se fundamenta en hechos no verdaderos.

Recordó que el tratamiento de ligar la prueba prohibida a un tema de moralidad es bastante común en la doctrina italiana (tanto del pasado como del presente) en el sentido de que el fundamento de la exclusión de la prueba prohibida no solo tiene un carácter disuasorio, sino de justicia de las reglas de juego y en consecuencia ese carácter moral y ético.

Sobre este particular, abordó el tema de la prueba prohibida desde una perspectiva de derecho comparado, considerando, entre otros, aunque no únicamente, el sistema italiano. Posteriormente, pasó a examinar los aspectos «éticos-morales» de las reglas de exclusión en algunos ordenes jurídicos (p. ej.: art. 339 del Código procesal civil de Brasil del año 2015 dispone que: «Las partes tienen el derecho de emplear todos los medios legales así como los moralmente legítimos aunque no estén especificados en este Código para probar la verdad de los hechos ...»; el canon 1527.1 del Código de Derecho Canónico prescribe que: «Pueden aportarse cualquier prueba que se consideren útiles para dilucidar la causa y que sean lícitas» y el artículo 157.1 de la Instrucción *Dignitas Connubii* dispone que: «Pueden aportarse cualesquiera pruebas que se consideren útiles para dilucidar la causa y que sean lícitas. Las pruebas ilícitas en sí mismas o por su modo de adquisición no pueden ser aportadas ni admitidas»); trató el tema del fundamento de la exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal (integridad del Estado, la disuasión de actos ilícitos por parte de la policía), subrayando su diversa configuración en términos de valores subyacentes de la prueba de la culpabilidad y de la de la inocencia, si bien remarco el Ponente la inexistencia de una definición clara de qué debe entenderse por prueba ilícita, recordando que el artículo 191 del Código procesal penal italiano dispone que: «Pruebas adquiridas en violación de los deberes establecidos en la Ley ...», exponiendo las posiciones (estrictas y amplias) en la interpretación de la expresión «pruebas adquiridas».

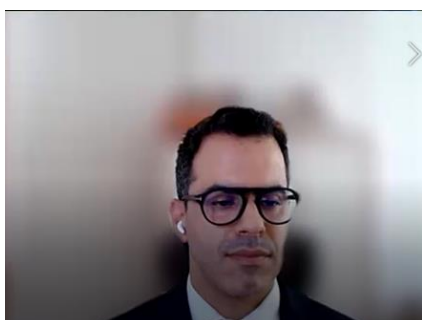
Expuso su posicionamiento crítico al concepto unitario de exclusión de la prueba prohibida dirigida tanto a la exclusión de la culpabilidad y/o la inocencia, es decir, la posibilidad o no de la exclusión de la prueba ilícita dirigida a demostrar la inocencia del acusado, expresando que, si bien en Italia y España dicha exclusión está vigente, no ocurre lo mismo en EE.UU (a partir del año 2014) donde se exige que la prueba sea aportada por la acusación y hacia la inocencia, porque hay una asimetría a nivel ético, no a nivel de la naturaleza porque los errores son idéntico, pero no a nivel ético. Debería priorizar el valor de la inocencia y evitar una falsa condena.

Posteriormente, exploró la original reconstrucción elaborada por el procesalista italiano Luigi Paolo Comoglio sobre el fundamento ético de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el proceso civil, basada en el concepto constitucional de «justo proceso» (*due process of law*), ex art. 111 de la

Constitución italiana, aunque con consideraciones teóricas pasibles de ser extendidas a otros ámbitos del derecho procesal.

Finalmente, se concluyó subrayando la problematicidad de una reconstrucción unitaria del concepto de la prueba prohibida.

### **La prueba prohibida en Brasil en casos de corrupción. Renato Machado de Souza**



*Isabel Nuques y Renato Machado*

La ponencia de Renato Machado de Souza tenía la finalidad de dejar constancia, a través del análisis de caso práctico en Brasil, de que la prueba prohibida es uno de los elementos relevantes para determinar el suceso o fracaso de los enjuiciamientos de macro casos de corrupción, incluso en los supuestos en los cuales fue posible utilizar justicia negociada o consensuada para imponer condenas. Así paso con el Caso Odebrecht y su relación con

procesos criminales en los cuales figuraba como reo el expresidente de Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva.

En primer lugar, señaló que era importante considerar que la justicia negociada tiene como algunos de sus presupuestos la búsqueda de colaboración con personas naturales o mismo jurídicas con las autoridades. Esa colaboración no es gratis, sino que ocurre, generalmente, a cambio de alguna ventaja. Las ventajas son variables de acuerdo con el sistema jurídico, los delitos presentados y el interés público. Por ejemplo, es posible, como suele pasar en Estados Unidos, que la ley permita que la confesión de un supuesto acusado genere un verdadero salto de la marcha del proceso penal, arreglando tiempo del juez, de la fiscalía y de los abogados. En este ejemplo, la simples decisión de no presentar defensa y confesar es suficiente para generar las ventajas para el interés público, y en contrapartida, se suele ofertar al acusado reducción de su sentencia, en penalidad o en los cargos. De igual modo, es posible que la colaboración permitida o deseable genere resultados más expresivos al interés público, por ejemplo, que el supuesto delincuente auxilie las autoridades a recuperar una víctima o mismo que auxilie con las investigaciones, la descubierta de los otros involucrados y el enjuiciamiento de ellos. Así fue la colaboración de Odebrecht, una de las mayores empresas de construcción de Brasil.

Odebrecht y sus directivos y empleados, recordó el Ponente, colaboraron con la fiscalía y otras autoridades de Brasil con el objetivo de obtener pruebas e informaciones a respecto de los hechos y las otras personas involucradas, incluso políticos y funcionarios. El conocido Caso Odebrecht es parte del Caso Lava Jato, investigación más amplia que involucraba blanqueo de activos, pagos de soborno y trata de influencia en Brasil y en más de una decena de países.

Odebrecht, de acuerdo con las informaciones y documentos que entregó a las autoridades, realizaba pagos al largo de décadas, a políticos y funcionarios, tenía un sector específico para registrar y promover los pagos, y los hacía a través de blanqueo de activos. Además, tenía acuerdos con las otras empresas de construcción en Brasil de manera que dividían, entre ellas, los contratos públicos.

Con base en los acuerdos que la empresa y sus directivos firmaron con las autoridades brasileñas, los fiscales presentaron cargos en contra de múltiples políticos y funcionarios. Uno de los políticos, quizás el más ilustre, fue el expresidente Lula. A cambio de su colaboración, la empresa y sus directivos recibieron exención de algunas sanciones y mitigación de otras, como reducción en multas y en condenas a la cárcel.

No obstante, con el pasar de los años, y en el manejo de recurso constitucional al Supremo Tribunal Federal (STF), el Tribunal Constitucional de Brasil, quedó comprobada la ausencia de jurisdicción y las sospechas de ausencia de imparcialidad del juez que había actuado en el caso de Lula y de los fiscales que realizaron la investigación y presentaron los cargos. Por ello el STF anuló el proceso en el cual había ocurrido la condena del expresidente, y determinó que todas las pruebas producidas no podrían ser utilizadas porque maculadas de ilegitimidad (violación de derecho procesal). Además, es importante observar que parte de las pruebas utilizadas para demostrar la ausencia de imparcialidad del juez fueron obtenidas ilícitamente por hackers, que copiaron mensajes presuntamente intercambiadas entre el juez y fiscales que actuaron en el caso (que suelen ser consideradas, generalmente, pruebas prohibidas).

Como consecuencia, el proceso del expresidente fue encaminado al juicio competente que declaró los delitos prescritos, en especial porque en Brasil los acusados con más de 70 años, que es el caso del expresidente, tienen la reducción del plazo para procesar. La decisión del STF parece adecuada con su jurisprudencia, impidiendo la utilización de la prueba prohibida en el proceso penal y permitiendo, excepcionalmente, la utilización de pruebas sobre las cuales exista ilegalidad o ilicitud solamente como único medio de comprobar la vulneración de los derechos de los acusados.

Además, el ponente subrayó que era importante considerar que no fue la primera vez que, en Brasil, casos de delincuencia que involucraba grandes empresas y políticos fueron anulados por la utilización de pruebas prohibidas. Ejemplo de proceso más antiguo en el cual ocurrieron problemas con la utilización de pruebas fue el caso del expresidente Fernando Collor, en la década de 1990. Ejemplos más recientes son el Caso Banestado y el de la Operação Castelo de Areia, ambos de blanqueo de capitales involucrando grandes empresas y pagos sospechosos.

Concluyó el ponente afirmando que en el enjuiciamiento de los casos de corrupción –igual que en los demás casos– la utilización de pruebas prohibidas

tiene el nocivo reflejo de socavar el ejercicio del poder jurisdiccional, generando situaciones de dudas al respecto de la culpabilidad de importantes figuras del escenario político y de grandes empresas. En ese sentido, señaló el Ponente, además del desperdicio de los esfuerzos de la investigación y enjuiciamiento, también se arriesga incrementar la desafección de la clase política, en un verdadero juego en el cual parece que los fines justifican los medios, en el que solamente al final y a los costes de vulnerar los derechos procesales de las personas, se decide que la justicia mal hecha no es justicia.

## **La prueba prohibida en Ecuador. Su revisión desde la Constitución de la República. Isabel Nuques Martínez**

Isabel Nuques inicio su disertación aludiendo a una cita del Tribunal Supremo Federal alemán que señaló que: «No hay principio alguno del ordenamiento jurídico que imponga la investigación a cualquier precio» (14 de junio de 1960), subrayando, a continuación, la evolución que, en el ámbito procesal, se ha producido la introducción de cualquier tipo de prueba so pretexto de la búsqueda de la verdad material.

Puso de manifiesto, la influencia de las distintas ideológica en la configuración de las distintos modelos procesales, subrayando la estrecha relación del sistema procesal con el tipo de Estado y como este ha evolucionado, partiendo del estado de derecho, posteriormente el estado social y democrático de derecho hasta llegar al estado constitucional, que es el que recoge la Constitución del Ecuador, caracterizado por la primacía de los derechos humanos, el pluralismo jurídico y una forma diferente de concebir la democracia, así como la incorporación de una serie de garantías (propio del estado constitucional de derechos y justicia) que el Estado reconoce a la persona para hacer efectivo sus derechos.



*Isabel Nuques*

Continuó destacando la necesidad de haber iniciado su Ponencia con las referencias breves a la evolución constitucional del Ecuador por la necesidad de evidenciar el vínculo o relación de las ideologías con el proceso y concretamente con el sistema probatorio.

Recordó algunos conceptos básicos en materia de prueba, y concretamente respecto de prueba prohibida para analizar la realidad del Ecuador. Siguió su exposición refiriéndose al posicionamiento doctrinal de Morello en orden a la consideración del derecho constitucional a la prueba como integrante del proceso justo, si bien no es un derecho absoluto, admitiendo su



configuración legal, en cuanto a sus límites legales pues queda condicionado por su conducencia, pertinencia y utilidad de los medios probatorio, correspondiendo al legislador ordinario determinar en qué momento deben proponerse los medios probatorios, su valoración siempre respetando el contenido esencial del derecho a la prueba. Así mismo señalo que, en opinión de la doctrina, el derecho a la prueba tiene límites intrínsecos, entre los que se encontraría su licitud.

Una vez sentadas las bases, anteriormente expuestas, se adentró en la exposición de la realidad ecuatoriana, revisando el alcance del artículo 76.4 de la Constitución de la República, y su comparación con la derogada norma suprema de 1998, destacando similitudes y diferencias.

Comenzó con algunas precisiones, distinguiendo el concepto de prueba lícita, estimando que se trata de aquella que se obtiene respetando los derechos fundamentales; mientras que, conforme al principio de legalidad probatoria, los distintos medios de prueba deben incorporarse, respetando las reglas de procedimiento previstas en la Ley. Conforme a dicha distinción, la Ponente, recordando la opinión de Miranda Estampes, preciso que la regla de exclusión se aplica a la prueba ilícita, mientras que la prueba ilegal queda sujeta al régimen de nulidad de los actos procesales, admitiendo, bajo determinadas circunstancias, su subsanación y convalidación, subrayando la importancia de la mencionada distinción conforme a la normativa ecuatoriana.

Isabel Nuques recordó que, si bien la prueba ilícita aparece estrechamente ligada al proceso penal, se pueden localizar jurisprudencia laboral que, igualmente, aborda el tema de la prueba ilícita.

A continuación, expuso la distinción entre prueba ilícita directa y refleja, así como la teoría de la desconexión, plasmada en la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha permitido, acudiendo a la buena fe, vínculo atenuado, fuente independiente, descubrimiento inevitable, desnaturalizar los efectos de la prueba ilícita refleja.

Posteriormente, profundizó sobre la significación que ha de atribuirse a la afirmación de que la prueba sea acorde con la Constitución y con la Ley, revisando el ordenamiento jurídico de inferior jerarquía, en cuanto a normas procesales.

Así, pasó a detallar el contenido y alcance de la garantía del debido proceso, consagrada en el artículo 76.4 de la Constitución de la República, al disponer que la prueba prohibida es aquella obtenida y actuada violando la Constitución y la Ley, careciendo de eficacia probatoria, subrayando la Ponente que la Constitución de 1998 ya recogía la prueba prohibida, si bien la vigente Constitución marco una notable diferencia al dirigir al Juez un mandato específico que se concreta en la ausencia de eficacia probatoria de la prueba prohibida. La Ponente expuso su inquietud, a la vista del artículo 76.4 Constitución al incluirse, en el ámbito de la prohibición probatoria la obtención y actuación de la prueba violando la Constitución y la Ley, confundándose, pues,

la prueba prohibida y la prueba ilegal, excluyendo, en consecuencia, la prueba prohibida y la prueba ilegal.

Subrayo el carácter autónomo de la prueba prohibida, dentro del derecho complejo del derecho fundamental a la prueba, si bien aparece desarrollada en el marco del proceso justo, vinculado a pronunciamientos de la CIDH (caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 17 de abril de 2015).

Expuso, finalmente, varias sentencias de la Corte Constitucional, en las que se ven diferentes posturas de la Corte con relación a este tema:

- S. CCE., nº 022-10-SEP, caso nº 0049-09-EP, estudia el alcance del artículo 76.4 Constitución, fijando una diferencia entre actuación y obtención y valoración probatoria (es un tema de mera legalidad, no formando parte de control constitucional que corresponde a la CCE y es propio de la justicia ordinaria).

- S. CCE., nº 144-15-SEP/CC, caso nº 1710-13-EP recoge la misma diferenciación que la Sentencia anteriormente mencionada.

- S. CCE., nº 035-12-SEP-CC, caso nº 038-10-EP, subraya la CCE que, dentro de los subderechos del debido proceso, se encontraría la prueba prohibida, configuración como la violación de Constitución y la Ley en la obtención y actuación de la prueba constituye una vulneración del debido proceso y resulta inaceptable en un estado constitucional de derechos y justicia, resultando necesario su exclusión o restarle valor probatorio.

- S. CCE., nº 0796-12-EP, caso nº 0796-12-EP, señala la CCE que constituye una vulneración del artículo 76.4 Constitución cuando se evacúan pruebas habiendo concluido la fase probatoria, la convocatoria de una audiencia para evacuar la prueba una vez concluido la etapa procesal probatoria conculca la Constitución.

- S. CCE., nº 1945-14-EP/20, subraya la CCE que la actuación de los medios de prueba conforme a la Constitución y la Ley configuran un medio para la tutela del derecho de defensa.

- S. CCE., nº 2170-18-EP/20, señala la CCE que el hecho de que se nombren defensores públicos ante la reiterada inasistencia de la defensa técnica de un procesado no constituye una vulneración a la garantía de prueba actuada conforme al artículo 76.4 Constitución.

Concluyo Isabel Nuques poniendo de manifiesto la vinculación que ha establecido la CCE entre presunción de inocencia y prueba prohibida, señalando que la Corte ha establecido que dicha presunción sólo puede quedar válidamente destruida actuando prueba lícita y legal.

## La prueba prohibida y las investigaciones privadas en la legislación ecuatoriana. Gabriel Yovany Suqui Romero

Como cuestiones introductorias, el ponente planteó las siguientes:

- Las investigaciones internas en materia estrictamente penal a propósito del Compliance dentro del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas (delimitación).

- Estado de la cuestión (advertencia de lege lata referida al ámbito corporativo: investigaciones sin reglamento interno o con reglamento incompleto, caso Bella Rica)



Gabriel Y. Suqui Romero

Su posterior reflexión se centró en el estado de la cuestión en relación a la obtención de elementos de prueba dentro las investigaciones corporativas privadas, para determinar las consecuencias jurídicas de una actividad probatoria que pueda llegar a resultar ilícita ejecutada desde un programa de cumplimiento, en el proceso penal contra una persona jurídica.

Al desarrollar el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador y Compliance, apuntó los siguientes apartados:

- Antecedentes, regulación (penales: arts. 49, 50, 71; procesales: 440, 550 y 621.7 Código Orgánico Integral Penal -en lo sucesivo COIP-)

- Reformas del COIP en el año 2021: introducción compliance atenuante de responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 45.7,d y 49 COIP)

- Investigaciones privadas (exigencia art. 49.8 COIP: mecanismos de investigación interna)

- Clase de investigaciones internas (preventivas, confirmatorias, defensivas)

- Planteamiento del problema (regulación *ex ante*): «Haber implementado, antes de la comisión de un delito, (sic)» (art. 45.7 COIP)

En lo relativo a las Investigaciones internas sin cumplir la exigencia de implementación *ex ante* del *compliance*, Gabriel Suqui suscitó la interesante cuestión sobre qué sucede con las actuaciones probatorias practicadas dentro de las investigaciones internas en una empresa, diferenciando entre

Efecto para la responsabilidad penal de las personas jurídicas = no atenúa la pena (si no se ha implementado *ex ante*)

Efectos jurisdiccionales = ¿las actuaciones probatorias practicadas son ilícitas? (art. 454.4 COIP libertad probatoria; observando el artículo 76.4 Constitución de República del Ecuador -en lo sucesivo CRE), precisando que no existe norma expresa que reste valor o licitud a la obtención de evidencia probatoria practicada desde una entidad, siempre que, eso sí, se observe el respeto al citado artículo 76.4 CRE).

Señaló que el artículo 76 CRE utiliza la expresión «en todo proceso» y esto incluye las investigaciones privadas que se lleven a cabo en los procedimientos internos en las corporaciones privadas, siempre que, eso sí, «se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden», la obtención y la práctica de la prueba debe ser obtenida en respeto a la CRE, a los CIDH y al COIP, caso contrario, por muy internas y privadas que sea, serán ilícitas. Sobre esta cuestión señalo que también se había pronunciado la Corte Internacional de Derechos Humanos.

Posteriormente, abordó el tema referido a la situación que se suscita cuando se cumple con el requisito de implementación *ex ante*, cuestionándose las consecuencias que puede acarrear para la acusación, la entidad, las personas naturales o físicas de su seno señaladas en el artículo 49 COIP, y para terceras personas naturales o jurídicas, la práctica de actuaciones probatorias ilícitas en investigaciones internas efectuadas desde ese Compliance, diferenciando en función del sujeto procesal, a saber:

- a) Para la acusación: se puede enfrentar a problemas de carencia de evidencia para sustentar su acusación
- b) Para la entidad: no atenuación de la pena por compliance ineficaz.
- c) Para las personas físicas del artículo 49 COIP (que cometen el hecho de conexión): vulneraciones a la intimidad (ejemplos: correos, intervenciones telefónicas, etc.)
- d) Para terceros: involucramientos o vinculaciones al proceso penal en curso con afectaciones al derecho a la defensa.

Finalmente, a modo de conclusiones, recapituló lo siguiente:

- El panorama de las investigaciones internas como actividad del Compliance en Ecuador es incierto. Se trata de una actividad incipiente, al punto que, como parte del sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, la jurisprudencia todavía no se ha pronunciado al respecto, esto puede ser por la ausencia de cultura Compliance y por la reciente introducción en el COIP de esta figura.

- En materia de investigaciones internas las actuaciones probatorias que comprende la obtención de evidencia cuanto la práctica de la prueba propiamente dicha, tanto al amparo de un *Compliance*, implementado *ex ante* cuanto fuera de él, serán ilícita cuando no observe el respeto a los tratados

internacionales de derechos humanos, a la CRE y a las reglas de actuación probatoria del COIP.

- Los efectos más graves de la ilicitud probatoria son las afectaciones a las pretensiones acusatorias de fiscalía; afectaciones a las pretensiones defensivas de la propia persona jurídica y además a la imposibilidad de atenuar la pena; en las personas naturales que generan el hecho de conexión que son investigadas, vulneraciones al derecho a la intimidad y defensa, entre otros.

## CONFERENCIA

### **PRUEBA ILÍCITA: ASPECTOS PROCESALES (FORMAS DE ALEGARLA Y RESOLVERLA EN EL PROCESO). ANTONIO DEL MORAL GARCÍA(\*)**

El primer día de estas II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal se cerró con una magistral conferencia titulada “Prueba ilícita: aspectos procesales (forma de alegarla y resolverla en el proceso)”. El encargado de impartirla fue Antonio del Moral García, magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sede a la que llegó proveniente de la carrera fiscal y a través del llamado quinto turno. El ilustre ponente es, además, doctor en Derecho y, tal y como se destacó en la presentación, un referente entre la doctrina más autorizada y en el propio órgano judicial donde presta servicios.

Desde sus primeras palabras, el conferenciante hizo alarde de su capacidad pedagógica, captando la atención del auditorio con su dominio expositivo, que encauzó perfectamente sus vastos conocimientos en la materia. El relato de su exposición estuvo adornado en todo momento de proximidad -familiaridad, incluso- y aparente sencillez argumental. Sin embargo, en su discurso se sucedieron las reflexiones de gran enjundia y plasticidad, que no dejaron indiferente a ninguno de los asistentes.

Como no podía ser de otra manera, el punto de partida de la ponencia giró en torno al fundamento mismo de la prueba ilícita o prohibida, cuestión sobre la que el magistrado considera ha de descansar la construcción procesal de la institución. Para abordar este tema de una forma gráfica, recurrió a su experiencia personal y relató una situación vivida durante una estancia profesional en Honduras.

Según relató, se encontraba hace un tiempo analizando con otros operadores jurídicos un caso práctico en el que se cuestionaba la licitud de una prueba y el modus operandi de la fiscalía en relación con la misma. Se enfrentaban en aquel foro al hecho de que, en el marco de una investigación por un secuestro, se habían llevado a cabo intervenciones telefónicas que arrojaron como resultado la grabación de unas conversaciones en las que se revelaba el paradero del secuestrado. El problema residía en que la intervención de las comunicaciones estaba expresamente prohibida por la Constitución de aquel país, minando la base de la investigación con un vicio de nulidad.

Ante esa situación, el propio ponente -y alguno más de los profesionales presentes en aquel auditorio-, afirmaron tener claro cómo debía actuar el fiscal

---

\* El resumen de la conferencia ha sido realizado por Marcos Loredó Colunga.

del caso, pues entendían que no cabía sino acudir al juez con la grabación para conseguir la liberación del secuestrado para, acto seguido, instar el archivo de la causa por la ilicitud de la única prueba de cargo existente.

Sin embargo, contempló con perplejidad que esta no era -ni mucho menos- la opinión mayoritaria en dicho foro. Muy al contrario, el grueso del grupo esgrimía el respeto a los derechos fundamentales como circunstancia excluyente sin paliativos de la prueba prohibida, que no podía utilizarse con ningún objeto, ni loable ni espurio. En este punto, y sobre dicha base argumental, el Sr. Del Moral calificó de “monstruosa” una teoría que podía llevar a tal respuesta, dejando planteada una controversia sobre la que volvería más adelante en su exposición.

A continuación, su intervención giró hacia otro planteamiento, introducido de nuevo a través de un caso real, esta vez norteamericano. Se trataba del asunto *Mapp v. Ohio*, de 1961, en el que se juzgaba a una mujer por tenencia de material pornográfico, hecho tipificado como delito en dicho Estado en aquel tiempo. Estaba en juego una condena de ocho años de prisión y la defensa consiguió una absolución gracias a la invocación del derecho a la libertad de expresión, que invalidaba la prueba de cargo. Sin embargo, la acusada no entendió ni los términos del debate ni la respuesta judicial, sintiéndose al margen del proceso.

Este ejemplo llevó al ponente a distinguir entre dos tipos de problemas jurídicos, clasificación que ejemplificó de forma gráfica diciendo que unos son los que puede explicar a sus hermanas (legas en Derecho) y otros los que no, porque ellas mismas los calificaban de problemas “técnicos”. A partir de esta nueva referencia al plano personal, afirmó que consideraba que hacer buen Derecho consistía en “sacar cosas de la caja b y meterlas en la caja a”.

Y así, pasó a señalar que podía entenderse por qué se consideraba bueno excluir la valoración de la prueba ilícita, pero que no era fácil explicar el motivo por el cual tendríamos que permitir que alguien permaneciera secuestrado para proteger con ello los derechos fundamentales de su propio secuestrador.

En consecuencia, el tratamiento procesal a darle a la prueba prohibida no puede ser el mismo según se trate de prevenir eventuales vulneraciones o de restaurar violaciones de derechos fundamentales. Y ello porque no es posible restaurar un derecho fundamental que ha sido conculcado, sino que la finalidad de la exclusión probatoria es prevenir –y evitar- eventuales violaciones futuras de los mismos.

De manera que se inadmite la prueba ilícita como vía para esa prevención a futuro, pero la situación no es la misma cuando se trata de resolver una situación injusta ya producida (el secuestro), que se está realizando. Y ahí entra en juego la llamada justicia penal (que distingue de la justicia distributiva y de la justicia conmutativa). El razonamiento se cerró con la alusión a diversos estudios

que ponían de manifiesto que los abusos policiales aumentan cuando se relajaban los estándares de ilicitud probatoria.

En este punto, se produjo un nuevo cambio en el hilo del discurso, que llevó a introducir una gráfica referencia a un experimento realizado con un grupo de chimpancés observados por diversos expertos.

Para ello, se seleccionó aleatoriamente a un grupo de individuos a los que se encerró en una jaula. En un momento determinado, se les empieza a exhibir apetitosas frutas a las que ellos se acercan inmediatamente con la obvia intención de cogerlas y comérselas. Sin embargo, cuando están a punto de alcanzarlas, se dispara un fuerte chorro de agua helada a presión que alcanza a todo el grupo de forma indiscriminada. La experiencia se repite una segunda y una tercera vez, hasta que el grupo aprende cuál es la consecuencia y ya no se acercan a las frutas que les exhiben de forma provocativa.

El paso siguiente consiste en introducir cambios en el grupo. Primero, sacan a uno de los chimpancés e introducen a otro ajeno a la situación previa. A continuación, vuelven a aparecer las frutas y sólo el nuevo individuo del grupo se abalanza a las mismas, mientras que el resto le retiene por la fuerza y utiliza toda la violencia necesaria para ello. El agredido, obviamente, no entiende lo que pasa y vuelve a intentar alcanzar la fruta varias veces, hasta que comprende que su actitud conlleva consecuencias negativas y pasa a reprimir su conducta.

Seguidamente, se realiza un nuevo cambio en los integrantes del grupo, sacando a otro de los individuos originales e introduciendo a un ejemplar ajeno a la experiencia. Entonces se repite la situación previa: el nuevo individuo intenta alcanzar la fruta que le exhibe, y el resto del grupo se lo impide, siendo especialmente agresivo aquel que no había conocido el agua helada, pero sí la violencia de sus compañeros.

Y la experiencia continúa hasta que el grupo es totalmente renovado y pasa a estar integrado por individuos que no sufrieron el chorro de agua helada y entonces ya ninguno trata de alcanzar la fruta, pero por otros motivos. Esta imagen constituye una metáfora sobre la finalidad disuasoria de la exclusión de la prueba ilícita, práctica que evitamos y que constituye la mejor manera de proteger los derechos fundamentales. Con todo, esta conclusión quiebra ante determinadas situaciones, lo que lleva al ponente a sembrar cierta polémica a través de un par de cuestiones controvertidas y su particular opinión al respecto.

Comenzó con la referencia a la prueba ilícita exculpatória, que considera que, sin margen de dudas, debe ser admitida, rechazando de plano la exclusión de una prueba que pueda servir para absolver a un inocente. Por otra parte, incide en la antijuridicidad y el principio *in dubio pro reo*. En este punto, comienza afirmando que, ante la duda sobre la culpabilidad, no queda sino absolver. Sin embargo, la respuesta no es igual de automática en el caso de que la duda recaiga sobre la ilicitud de la prueba de cargo, en cuyo caso, lo que procede es



aplicar la probabilidad preponderante, ya que la prueba ilícita no está para evitar que vaya a la cárcel un culpable probado.

A partir de este planteamiento, la intervención llegó a su punto nuclear: cuál ha de ser el tratamiento procesal de la prueba ilícita. Resulta entonces que no puede admitirse que, necesariamente haya que dejar la respuesta para el juicio oral. Es más, puede admitirse que la declaración de ilicitud se haga en ese momento procesal, pero la declaración de ilegitimidad puede producirse ya durante la instrucción, sin perjuicio del eventual recurso frente a dicha resolución. Así, por ejemplo, defendió que no puede acordarse una prisión preventiva sobre la base de una prueba ilícita, que hay que excluir automáticamente por aplicación del art. 11 LOPJ.

Se sirvió como ejemplo para ello de la referencia a la audiencia preliminar del procedimiento abreviado, lamentando que, normalmente, en dicha fase no se declarara la ilicitud de una prueba, sino que se difiriera la decisión a la sentencia. El problema lo situó en que, una vez practicada la prueba, ya se ha contaminado al juzgador, y mucho, especialmente si se trata de un procedimiento con jurado.

Ante esta situación, no será de utilidad afirmar que no se tendrá en cuenta la prueba cuya práctica ya se ha presenciado. Es más, este conocimiento lleva, sin ningún género de dudas, a sobrevalorar otras pruebas para justificar una condena. Luego, cuanto antes quede fuera del proceso la prueba ilícita, mejor.

A estos efectos, el legislador introduce un incidente procesal con esa finalidad, aunque muy desdibujado y poco útil en la práctica por la interpretación restrictiva de los tribunales. Además, en el procedimiento con jurado, la exclusión por esta vía requiere prueba documental, lo que no siempre resulta operativo. Es por ello que el ponente reivindicó la aplicación del art. 287 LEC (a través de la supletoriedad establecida por el propio art. 4 LEC). Por esta vía se podría depurar este tema antes de entrar a juicio, sin perjuicio de los eventuales recursos frente a la resolución de exclusión de la prueba considerar ilícita.

Puede afirmarse que esta tesis se insinuaba ya en la STS 106/2012, de 21 de febrero y encontró eco en el Anteproyecto de LECrim de 2020, en el que se contemplaba de forma adecuada dicho incidente ante el juez de la audiencia preliminar, cerrando con ello la cuestión en dicho momento, y todo ello sin perjuicio de su invocación en el eventual recurso frente a la sentencia.

En este momento, un nuevo cambio en el discurso nos llevó a la última parte de la exposición, para lo que el ponente partió de una foto de una visita escolar al Tribunal Supremo durante unas jornadas de puertas abiertas de hace unos años. Durante dichas visitas, además de conocer las instalaciones, se incluye encuentros con los magistrados para que cuenten sus experiencias. En tono jocoso, relató



*Imagen de la visita escolar relatada por el ponente*

que, hacía cinco años, le tocó atender a un grupo de unos ochenta niños y le preocupaba cómo plantear la visita. Algún compañero le sugirió vestirse de payaso, pero rechazó la idea por la juventud del público. Otro le dijo que llevara chokolatinas y compró una caja para enfrentarse al difícil auditorio.

En una de las salas del edificio estaban los chavales, ruidosos y distraídos. Él trataba de captar su atención y empezó a lanzar preguntas y a repartir chokolatinas a quien respondía de forma correcta. Dónde estamos, qué hacemos, quién soy yo, fueron algunas de las cuestiones introductorias resueltas sin dificultad. Sin embargo, a la pregunta de si los jueces se equivocaban, la respuesta fue un “no” unánime, seguido de la decepción de descubrir que sí se equivocan y de la réplica “¿Y os meten en la cárcel?”

Llegaron entonces nuevos ejemplos, esta vez para ilustrar los errores judiciales, como el caso de una prueba de ADN realizada ocho años después de un crimen que evidenció que se había encarcelado a un inocente. En este punto, planteó a los ya interesados muchachos la siguiente situación: junto a un cadáver aparece un cuchillo con las huellas de un enemigo de la víctima, pero hay un testigo que asegura que no fue esa persona quien cometió el delito. ¿Qué hacer? La respuesta casi unánime fue que seguro que era culpable y que había que enviarlo a la cárcel.

Sin embargo, uno de los niños levantó la mano y aseguró que él no le mandaría a la cárcel y justificó su opinión con una explicación muy gráfica del principio in dubio pro reo: si va a la cárcel y es inocente, se cometen dos injusticias –un inocente va a la cárcel y un culpable permanece suelto-; mientras que, si se le deja en libertad, el riesgo es cometer una única injusticia –dejar a un culpable en la calle-. Como premio por la impecable argumentación, consigue dos chokolatinas.

La conclusión que extrajo es que se trata de un problema deontológico y no epistemológico. De manera que el objetivo es minimizar las condenas falsas, para lo que hay que sacrificar la verdad en muchos casos. Es decir, debemos admitir un porcentaje alto de falsas absoluciones para evitar una falsa condena.

Por último, volvió con la necesidad de permitir una prueba ilícita exculpatória, impidiendo que un inocente esté en prisión cuando pueda acreditarse su inocencia con prueba prohibida. A dicha conclusión llegó alegando que la presunción de inocencia no implica presumir la ilicitud de la prueba, sino que sirve para no mandar a la cárcel a personas inocentes. Si bien esta limitación se aplica sólo al proceso penal, no a otros ámbitos.

Más aún, la ilicitud de una prueba puede impedir una condena, pero no puede derivarse de dicha absolución una indemnización por prisión preventiva indebida si hay seguridad de la culpabilidad. Sobre esta base, se cuestionó la jurisprudencia que afirma que no hay espacios entre inocencia y culpabilidad y se criticó el cambio legislativo que lo permite.

Llegados a este punto, el ponente finalizó su exposición con un cariñoso recuerdo para sus sobrinos, a quienes quería agradecer públicamente su colaboración con los aspectos técnicos de la presentación. El ajustado programa no permitió que su intervención se extendiera en demasía, pero satisfizo sobradamente las expectativas del auditorio.

Y así finalizó la intensa jornada, quedando los asistentes emplazados para continuar al día siguiente según el programa previsto.

## CONFERENCIA

### LA PRUEBA PROHIBIDA: LA SANCIÓN POR COMPORTAMIENTOS ILÍCITOS. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR (\*)



*Julián Sánchez Melgar y Agustín J. Pérez-Cruz*

La jornada del viernes 4 comenzó con la conferencia magistral a cargo de Julián Sánchez Melgar que, a su condición de magistrado de la sala segunda del Tribunal Supremo, un doctorado por la Universidad de A Coruña, así como haber sido Fiscal General del Estado. Presentó al conferenciante el director de las Jornadas, Agustín Jesús Pérez-Cruz, quien glosó de forma sucinta la personalidad y méritos del conferenciante.

Auxiliado por unas ilustrativas presentaciones, inició su disertación poniendo de manifiesto que la prueba prohibida, también denominada impropriamente, prueba ilícita, es una categoría dogmática siempre en evolución, y desde luego, participa de conceptos cambiantes, y de consecuencias también variadas. Además, siempre se han enunciado, afirmó, sus conceptos de forma poco clara, muy apegada al caso concreto que ocasionan una doctrina legal confusa y en cierto modo, acomodaticia.

Sostuvo que conceptos como perspectiva interna y externa de la conexión de antijuridicidad, o el efecto natural o jurídico, no han sido desarrollados con la suficiente nitidez, de forma que todo ello ha contribuido a la oscuridad de esta doctrina y la dificultad de su aplicación.

Afirmó que la prueba prohibida está directamente conectada al *fair play*, es decir, al cumplimiento riguroso de las reglas de enjuiciamiento penal, esto es, al proceso debido, al proceso con todas las garantías, y dentro de él, a la obtención de las pruebas de la acusación bajo la escrupulosa regla de la legalidad, todo ello bajo el paradigma de que la verdad no puede obtenerse a cualquier precio. En ocasiones, señaló, ha de renunciarse a la averiguación de la verdad, dice la jurisprudencia.

---

\* El resumen de la conferencia ha sido realizado por Agustín J. Pérez-Cruz Martín.

Reprodujo el Ponente el texto del Magistrado del TS de los Estados Unidos de América O. W. Holmes, en su voto disidente, con respecto a la Sentencia del caso Nardone en 1939, cuando señalaba lo siguiente:

*«Es menos importante que algunos criminales eludan la acción de la Justicia que los oficiales utilicen métodos incompatibles con los patrones éticos y que resultan destructores de la libertad personal (...) La regla de exclusión no concede a las personas más que aquello que la Constitución les garantiza, y no concede a la policía menos que aquello para lo que faculta el honesto ejercicio de la ley».*

Recordó que en la STS Sala 2ª, 508/2017, de 4 de julio se sostiene que lo que se trata es de limitar el afán del Estado en la persecución de los ilícitos penales, de apartar a los agentes de la autoridad de la tentación de valerse de medios de prueba que, por su alto grado de injerencia en el círculo de los derechos fundamentales, están sometidos a unas garantías constitucionales concebidas para la salvaguardia de aquéllos.

Se ha dicho, con acierto, que la proscripción de la prueba prohibida se explica por el efecto disuasorio que para el aparato oficial del Estado representa tener plena conciencia de que nunca podrá valerse de pruebas obtenidas con vulneración de las reglas constitucionales en juego.

En principio, la prueba prohibida fue algo que se combatía en los agentes de policía, en busca de atajos para la investigación oficial. Pero hoy ya son muchos casos, los supuestos de prueba prohibida entre particulares, al punto que se hizo referencia a las últimas sentencias en esta materia.

En palabras del ATS de 18 de junio de 1993 (ponencia de Enrique Vadillo) «La verdad no puede obtenerse a cualquier precio».

El momento en que se declara la ilicitud de la prueba, ello es interesante para resolver el impacto psicológico que el juzgador tiene ante la acreditación de algo, que una vez conocido, es muy difícil de poder retirar de la mente del juzgador.

Solamente existe una posibilidad: que la prueba ilícita quede expurgada en fase de instrucción, o en fase preliminar, porque, en caso contrario, no se puede aislar el juzgador del conocimiento obtenido a partir de la práctica de una prueba que resulta después declarada como prueba prohibida. De manera que es necesario expurgar antes el material prohibido en cuanto a su valoración, pues su efecto psicológico, como ha dicho Campaner, es inmenso.

Señalo el Ponente, en relación con la confesión, por ejemplo, para evitar la confesión en juicio, que previamente ya se haya declarado la nulidad de la prueba, y no solamente, como hasta ahora, que el acusado esté asistido de abogado, y pueda conocer ya, la posible causa de nulidad.

Puso de manifiesto que el artículo 11.1 LOPJ establece de manera contundente que «no surtirán efecto en juicio las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales», por lo que los destinatarios de la regla de exclusión son los jueces y magistrados.

Reparo el Ponente, por otra parte, que en torno a la prueba prohibida se produce una confusión en el manejo de la terminología manejada, en concreto de los conceptos de prueba prohibida/prueba anticonstitucional, prueba ilícita, que comprende los casos de prueba irregularmente practicada e irregularmente obtenida.

En la prueba prohibida, unas veces acarrearán la regla de exclusión y en otras, la persecución del acto que genera la violación de un derecho fundamental, cuando ello sea procedente.

Señalo, las diferencias, siguiendo a Pérez-Cruz Martín, entre

Prueba prohibida	→	efecto reflejo
Prueba irregular	→	no efecto reflejo

La diferencia entre la prueba ilícita y la prueba irregular, por tanto, habrá de advertirse en un segundo grado, en relación con las pruebas relacionadas con ellas, ya que para las derivadas de las pruebas ilícitas se impone asimismo la ineficacia como lógica consecuencia de una fuente de contaminación –la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado («*the tainted fruit*») o, genéricamente, doctrina de los «frutos del árbol envenenado» («*The fruit of the poisonous tree doctrine*»), mientras que para las derivadas de las simplemente irregulares no se produce tal radical consecuencia, por mor de lo dispuesto en el art. 242 LOPJ y nada obsta a que la convicción se obtenga mediante otros instrumentos.

Unas acarrearán la regla de exclusión; otras, la persecución del acto que genera la violación de un derecho fundamental, cuando ello sea procedente

En palabras del Tribunal Supremo:

*«... La vulneración de derechos del acusado, ya sea mediante un acto de carácter delictivo, ya mediante la vulneración de sus derechos y libertades fundamentales, abre una grieta en la estructura misma del proceso penal. Sus efectos contaminantes alcanzan a otros actos procesales conectados a la antijuridicidad originaria y que pueden resultar afectados en su aparente validez».*

Es lo que la STS Sala 2ª, 195/2014, 3 de marzo, calificó como metástasis procesal.

Diferenció el Ponente, con relación a los elementos de la teoría de desconexión, entre conexión natural y conexión jurídica: llamada de antijuridicidad

El problema, afirmó Sánchez Melgar, radica en averiguar cuándo la ilegitimidad de la prueba original se transmite a la derivada, esto es, cómo se determina en cada caso concreto la existencia o no de conexión de antijuridicidad.

En una primera aproximación, la STC 81/1998, de 2 de abril, exigió la realización de un examen conjunto del acto lesivo del derecho y su resultado desde dos perspectivas:

1ª) Interna. En atención a la índole y características de la vulneración del derecho sustantivo. Habrá que analizar si existe algún elemento (jurídico, hallazgo casual, descubrimiento inevitable, etc.) que permita la ruptura de la conexión entre la prueba inconstitucionalmente obtenida y la causalmente conectada con ella.

2ª) Externa. De las necesidades esenciales de tutela exigidas por la realidad y efectividad de este derecho. Habrá que comprobar si la exclusión de la prueba en cuestión cumple o no en el caso un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales por parte de los investigadores.

En relación a la desconexión de antijuridicidad, la STS Sala 2ª, 85/2021, de 3 de febrero ha señalado que se acostumbra a citar como criterios idóneos que permiten excluir la conexión de antijuridicidad y validar, por tanto, las pruebas reflejas o derivadas los siguientes:

- Descubrimiento inevitable
- Vínculo atenuado entre la prueba ilícita y la refleja,
- Hallazgo casual,
- Fuente independiente,
- Ponderación de intereses,
- Autoincriminación del imputado en el plenario

Concluyó su intervención Julián Sánchez Melgar repasando el contenido de algunas significativas sentencias. Así, en relación a supuestos de violación de la protección de datos (STS Sala 2ª, 908/2016, de 30 de noviembre; sobre colocación de dispositivos GPS (STS Sala 2ª, 141/2020, de 13 de mayo); hallazgos casuales (STS Sala 2ª, 786/2015, de 4 de diciembre); desconexión por la finalidad pretendida, caso Falciani (STS Sala 2ª, 116/2017, de 23 de febrero); proporcionar medios de grabación por policías a particulares para obtener pruebas en la investigación, valiéndose de la doctrina de la validez de las grabaciones privadas entre interlocutores (STS Sala 2ª, 875/2021, de 15 de noviembre); prueba de particulares, otra derivación (STS Sala 2ª 508/2017, de 4 de julio). Aludió, finalmente, a la última sentencia, hasta la fecha, pronunciada por la Sala 2ª TS en la materia (56/2022, de 24 de enero).

## MESA 6

### LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (\*)

La Mesa 5 se dedicó a la prueba prohibida en el proceso contencioso administrativo; actúa como moderador José M<sup>a</sup> Roca Martínez, Secretario Académico de las Jornadas, quien anuncia la incorporación de Alejandro Huergo Lora, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo, con un pequeño retraso por encontrarse interviniendo en el XVI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo.

#### Las interrelaciones entre la fase probatoria en vía administrativa y en vía judicial. Jesus M. Chamorro González

En la mesa dedicada a la prueba ilícita en el ámbito contencioso-administrativo la primera intervención corrió a cargo de Jesús M. Chamorro González, Doctor por la Universidad de Oviedo y Presidente del TSJ del Principado de Asturias, y versó sobre las interrelaciones entre la fase probatoria en vía administrativa y en vía judicial.



*Jesús M. Chamorro González  
Presidente TSJ Principado de Asturias*

Reflexiona, en primer lugar, el ponente sobre las particularidades del proceso contencioso que, sin perjuicio del debate entre su carácter pleno o revisionista, nace indudablemente condicionado desde el punto de vista fáctico por la existencia de un expediente administrativo originado en la vía administrativa previa. Se suele afirmar que los jueces de lo contencioso-administrativo son jueces de “derecho” o de legalidad, no jueces de “hechos”, y, efectivamente esto es así en muchos casos, como, por ejemplo, cuando se controla la legalidad de una disposición general o de un instrumento de planeamiento urbanístico, pero el aspecto fáctico si tiene importancia en muchos otros casos sometidos al conocimiento de los jueces de lo contencioso.

Destaca el ponente cómo para tratar el tema de la prueba, sea en vía administrativa o contencioso-administrativa, se ha de acudir a las fuentes

---

\* El resumen de las intervenciones ha sido realizado por Ilda Méndez López.



normativas contenidas en la LJCA y en la LEC que realiza una regulación plena de la prueba y tiene carácter supletorio de la regulación contenida en aquella.

En un procedimiento administrativo no se pueden encontrar diferenciadas las fases de proposición, admisión y práctica de prueba, sino que la prueba se aporta por la propia administración que instruye y aporta documentos, testificales e incluso informes periciales, pero sin un momento claramente definido para ello. También pueden los interesados pedir a la administración práctica de prueba y la negación por parte de esta ha de ser motivada. Considera el ponente que la denegación de prueba en vía administrativa podría llegar a ser objeto de impugnación autónoma en vía contenciosa. En todo este aporte documental resulta posible que se dé la posibilidad de que exista prueba prohibida. No obstante, al ser frecuente que en vía administrativa los interesados actúen sin asistencia letrada, aunque se sospeche que una prueba es ilícita no se suele plantear en este momento, sino en el proceso contencioso, donde ya los interesados intervienen con asistencia de abogado. Insiste el ponente en que una supuesta prueba ilícita se puede poner de manifiesto en la fase administrativa o incluso ser objeto de impugnación autónoma en vía contenciosa, si bien alude a la improbabilidad de que esto ocurra. En el caso que la prueba ilícita sea el único soporte probatorio de la resolución administrativa se podría llegar a acordar la nulidad de pleno derecho de la misma. La alegación de ilicitud de la prueba practicada en el procedimiento administrativo se puede poner de manifiesto en las alegaciones de la demanda contencioso-administrativa, así como articular prueba al respecto.

En varias resoluciones recientes el TS se ha referido a la prueba acopiada por la administración en materia tributaria, mediante solicitudes de autorización de entradas en domicilios para recabar materiales con el fin de regular la situación tributaria de un sujeto, así como en materia sancionadora sobre funcionarios que han sido objeto de grabación mostrando los horarios de entrada y salida de su trabajo para acreditar el incumplimiento de sus obligaciones laborales. Se citan igualmente dos Sentencias del Tribunal Constitucional, dictadas con pocos años de diferencia, en las que se pronunció de forma dispar sobre si las grabaciones a trabajadores obtenidas sin haber sido informados de las mismas, vulneraban o no el derecho a la intimidad.

El ponente se refiere a dos STS de los años 2020 y 2021 en los se trata el tema de las autorizaciones a la administración tributaria al amparo de lo dispuesto en el artículo 113 de la LGT. No existe una atribución competencial ni en la LOPJ ni en el artículo 8 de la LJCA que permita a los juzgados contencioso-administrativos autorizar entradas en domicilios particulares para investigar, sino solamente para ejecutar actos de la administración. Igualmente, entiende que las exigencias que se le hacen en este aspecto al juez contencioso son excesivas, pues se limita a controlar las formalidades del acto administrativo, pero no su contenido, que en la mayoría de los casos ni siquiera es competente para conocer. En definitiva, se solicitan al juez contencioso-administrativo autorizaciones de entradas que ni siquiera son en domicilio de un particular,

como es el caso de entradas en establos para sacrificar animales o solicitud de entradas en fincas en casos de expropiación, dándose la circunstancia de que quien lo insta, a veces, ni siquiera es la administración, sino el beneficiario de la expropiación.

Analiza el ponente otra sentencia de la Sala 3ª del TS de fecha 14 de Julio de 2021. Se trata de un asunto referente a una entrada en un domicilio particular para obtener datos tributarios. Esta sentencia, que tiene un interesante voto particular, se refiere a los hallazgos casuales en el seno de una autorización de entrada, sentando que los hallazgos deben producirse en el seno de una entrada regular. En el caso de la citada sentencia se produce el hallazgo casual de una contabilidad “B” que da lugar al inicio de un nuevo procedimiento para regular la situación de terceros. Esos terceros no eran los titulares de los domicilios en los que se había autorizado la entrada, por lo que la cuestión no es la vulneración del artículo 118 de la constitución, sino del artículo 24 de la misma. Como consecuencia de esta entrada se iniciaron varios procedimientos penales, unos fueron condenatorios y otros con resultado absolutorio, lo que plantea que ocurre con el llamado “principio de unidad de jurisdicción”, esto es, si una jurisdicción, como por ejemplo la penal, puede entender que las entradas son legales o no y esto vincula al resto de las jurisdicciones. Dicha cuestión es objeto de tratamiento en el voto particular de la sentencia comentada.

Termina el ponente reflexionando sobre la necesidad de que la jurisprudencia siga avanzando en el tema de la prueba ilícita, si bien lo está haciendo, no tanto en la vía administrativa, sino en la contencioso-administrativa; corresponde al legislador realizar un tratamiento más claro de esta materia, especialmente, en materia tributaria, donde frecuentemente se dilucidan cuestiones de gran enjundia económica, teniendo en cuenta que los tribunales de la instancia no examinan tanto cuestiones de legalidad como la Sala 3ª del TS, sino cuestiones fácticas ante las que se encuentran carentes de instrumentos.

### **La prueba prohibida. Cuestiones teóricas y prácticas en el proceso contencioso-administrativo. Ilda Méndez López**

La segunda ponencia de la mesa sobre la prueba ilícita en el ámbito contencioso-administrativo es desarrollada por Ilda Méndez, Letrada de la Administración de Justicia y Doctora por la Universidad de Oviedo de la que es profesora asociada de Derecho Procesal desde hace tres décadas; su intervención versó sobre cuestiones teóricas y prácticas de la prueba ilícita en la jurisdicción contencioso-administrativa.



*Ilda Méndez López  
Letrada de la Administración de Justicia y  
Asociada de Derecho Procesal (UNIOVI)*

La ponente comienza haciendo una reflexión sobre la escasez de normativa en materia probatoria en la LJCA, que tan solo dedica dos artículos a su regulación, debiendo acudir de manera supletoria a las disposiciones de la LEC. Igualmente, se hace referencia a la cuestión terminológica ya suscitada por otros ponentes sobre la diferencia entre prueba ilegal del art. 283 LEC, sobre la que el juez debe hacer un control antes de pronunciarse sobre su admisibilidad y la llamada prueba ilícita o

prohibida regulada en el art. 287 LEC.

El problema no sería excesivamente grave si los procedimientos civiles y los procedimientos contenciosos fueran similares, pero no es así. Aunque en ambos órdenes jurisdiccionales existen procedimientos ordinarios y procedimientos especiales, simplemente observando los procedimientos ordinarios civiles, el juicio ordinario y el juicio verbal civil, en relación con los ordinarios contencioso-administrativos, el juicio ordinario y el procedimiento abreviado, se ve que tiene en común muy poco. En concreto, el ordinario civil y el ordinario contencioso sólo se parecen en el nombre, no así en su estructura y diseño procedimental.

Como la regulación de la prueba en el proceso contencioso-administrativo tiene que beber de la fuente de la LEC, igual ocurre con la ilicitud de la prueba en el orden contencioso: la única norma aplicable para su denuncia y tratamiento procesal es el artículo 287 LEC.

Se procede, seguidamente, a analizar el contenido del artículo 287 LEC.

En primer se aborda su naturaleza jurídica, planteando si se trata de un incidente de previo pronunciamiento o de especial pronunciamiento. Los de previo pronunciamiento tiene carácter suspensivo y son resueltos por el juez en resolución independiente, como por ejemplo la declinatoria, mientras que los de especial pronunciamiento no son suspensivos y se resuelven en sentencia, antes de entrar en el fondo del asunto. La conclusión es que no pertenece ni a una ni a otra categoría, ya que se trata de un incidente especial, diseñado ad hoc para la denuncia y tramitación de la ilicitud probatoria.

Otra cuestión a tratar es la de los sujetos legitimados para promover este incidente. El artículo 287 legitima a quienes sean parte y al órgano jurisdiccional de oficio.

En cuanto al momento procesal oportuno para promover el incidente, es a partir de que se admita la prueba, siendo por tanto una actuación procesal a

realizar en cuanto se tenga conocimiento de la posible ilicitud, pero siempre posterior a la admisión de la prueba.

En el proceso civil no existen mayores problemas, puesto que hay un momento procesal oportuno, tanto en el juicio ordinario como en el juicio verbal civil, ambos dominados por el principio de oralidad, de forma que en el juicio ordinario el momento oportuno será la audiencia previa, mientras que en el verbal civil será en la vista o comparecencia. No es sencillo aplicar estas previsiones al ámbito contencioso-administrativo, especialmente, en el caso del juicio ordinario, donde la tramitación es básicamente escrita: la prueba se propone en la demanda y en la contestación y tras ello, el juez dicta un auto admitiendo la prueba; en definitiva, se carece de un trámite oral específico como el de la audiencia previa en el ordinario civil, por lo que la denuncia de ilicitud se deberá realizar por escrito. La dificultad no es tanta en el procedimiento abreviado, donde casi siempre se celebra vista y por tanto, se permite su planteamiento en el acto oral de la misma.

Sobre la tramitación del incidente de ilicitud, tan sólo prevé el 287 LEC que se tramitará con audiencia de las partes y será posible articular prueba sobre este extremo. También en este punto existen notables dificultades para aplicar las previsiones del art. 287 LEC a la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre todo en el juicio ordinario, donde entiende la ponente que se deberá abrir un breve trámite escrito o una comparecencia para permitir a las partes alegar y proponer prueba sobre la ilicitud. No así en el procedimiento abreviado, donde la existencia de la vista permite alegar y probar sin mayores dificultades.

La resolución del incidente de ilicitud en el art. 287 LEC guarda grandes similitudes con la denegación de la prueba en el acto de la vista, esto es, el juez resuelve oralmente y contra su resolución cabe recurso de reposición oral, que se sustancia y decide también de forma oral. Contra la desestimación del recurso de reposición no cabe recurso alguno, salvo reproducir la alegación de ilicitud en el recurso contra la sentencia definitiva. En este punto existe una diferencia con la denegación de prueba, en la que se permite consignar protesta.

¿Cómo se aplican estas previsiones a los procedimientos contenciosos?

En el juicio ordinario, será el juez el que mediante un auto resolverá la posible ilicitud. Contra este auto cabe reposición, que será escrita y no oral y contra la desestimación de la reposición no cabe recurso, como dice el 287 LEC.

En el abreviado contencioso, no hay dificultades, tal como se dijo, por su similitud al juicio verbal civil.

Plantea la ponente la inexistencia de recurso de apelación contra la sentencia, tanto en el caso de los verbales civiles que por razón de la cuantía no superen los tres mil Euros, como en los abreviados contenciosos, donde por la cuantía, está vedada la apelación para aquellos que no superen los 30000 Euros.

Estas reflexiones sobre la aplicación de una norma de la LEC, el art. 287, al ámbito contencioso-administrativo, ha de completarse con la referencia a los procedimientos especiales contenciosos. Los más frecuentes son los procedimientos para la protección de los derechos fundamentales de los arts. 114 y siguientes, que tienen varios sub-tipos no tan frecuentes, como el procedimiento para la garantía de la unidad de mercado o el procedimiento para la protección del derecho de reunión.

También existen otros procedimientos en la LJCA, como es el caso del procedimiento para la disolución de partidos políticos o el procedimiento para declarar la ilegalidad de una disposición general e, incluso, fuera de la LJCA, como es el caso de los procedimientos electorales regulados en la LOREG. Casi todos estos procedimientos están dominados por el principio de sumariedad, hasta el punto de que en alguno de ellos no se prevé prueba o se hace solo como diligencia final.

Se termina invocando la necesidad de que el legislador tome conocimiento de las dificultades y carencias apuntadas en relación a los procedimientos contencioso-administrativos.

### **Intervención de Alejandro Huergo Lora**

Tal y como se anunció al comienzo, Alejandro Huergo Lora se incorporó a la mesa y, con la limitación temporal impuesta por cierto retraso acumulado, apuntó algunas interesantes reflexiones. Comenzó haciendo referencia a la falta de aportación de pruebas por parte de la administración, esto e pruebas que deberían estar en el expediente y no lo están, así como al hecho de que los particulares no aporten prueba en la fase administrativa y sí lo hagan en la vía contencioso-administrativa.



*Alejandro Huergo Lora  
CU de Dº Administrativo (UNIOVI)*

La segunda cuestión apuntada por el ponente fue la relativa a la aportación al proceso administrativo y al contencioso-administrativo de pruebas obtenidas en un proceso penal. Existen pruebas, como es el caso de una intervención de comunicaciones, que se puede obtener en el curso de un proceso penal, pero que no está en manos de la administración la posibilidad de obtenerlas. ¿Hasta qué punto se pueden aportar a un proceso administrativo y a un proceso contencioso-administrativo? Es un tema que se ha planteado entre otros, en materia de dopaje. La administración puede pedir autorización al juez

de instrucción para su utilización y éste la concederá o no en función del principio de proporcionalidad, lo cual evidencia la insuficiencia de la regulación legal.

En tercer lugar, planteó la posibilidad de que la agencia tributaria ceda datos a otras administraciones. La cuestión surgió en varias resoluciones de la Sala 3ª del TS del año 2021, en que la agencia tributaria cedió información tributaria de unos taxistas a un ayuntamiento y este la utilizó para revocarles las licencias. La Sala 3ª entendió que dicha información solo se puede ceder con fines tributarios, pero no con fines sancionadores o de otro tipo. No obstante, se trata de un tema abierto que dará que hablar en el futuro.



## MESA 7

### LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO PENAL (\*)

La séptima y última mesa sobre la prueba prohibida en el proceso penal fue moderada por Concepción Iglesias García, profesora titular de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo, y en ella intervinieron Nicolás Rodríguez-García, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Xulio Ferreiro Baamonde, Profesor Titular de la Universidad de A Coruña, y Laura Álvarez Suárez, doctora por la Universidad de Oviedo, investigadora de la misma y jueza sustituta de los juzgados del Principado de Asturias.



*Concepción Iglesias García PTU  
Dº Procesal (UNIOVI)*

### Validez y eficacia de las investigaciones internas corporativas. Nicolás Rodríguez-García

La primera gran cuestión que se puede afirmar es que estamos ante un tema de máxima actualidad y de no simple solución, al tratarse de un problema jurídico que lejos de lo que suele parecer, no solo tiene que ver con el ámbito penal y con la responsabilidad penal de personas jurídicas y el juego que puedan tener los programas de cumplimiento. Con carácter general, cuando se habla que a todos los niveles debe desarrollarse una cultura de legalidad, de cumplimiento en el marco de una sociedad de riesgos, lo que nos damos cuenta es que una herramienta jurídica o una dinámica nueva, no solo tiene que ser estudiada en ese campo.



*Nicolás Rodríguez-García  
CU Dº Procesal (USAL)*

Vamos a ver exactamente dónde estamos colocados, qué lecciones aprendidas podremos extraer.

Una primera cuestión clara y básica, es que muchas de las cuestiones que voy a plantear, recordar o poner en tela de juicio, han surgido en el campo del derecho privado o en la resolución de conflictos en ese ámbito, y transitan hacia el ámbito del derecho público, en general hacia las organizaciones

---

\* El resumen de las intervenciones ha sido realizado por Concepción Iglesias García.



complejas, por eso la asimilación directa con personas jurídicas no es ni justa ni completa.

En segundo lugar, es un tema complicado, porque es una manifestación de lo que últimamente se llama justicia colaborativa y no solo en el ámbito penal, también en otros ámbitos del derecho, en otros órdenes jurisdiccionales; evidentemente está relacionada con la responsabilidad de las personas jurídicas, pero no solo responsabilidad penal, porque las personas jurídicas se entremezclan en las relaciones a todos los niveles, y ello da lugar a que haya determinadas conductas desde ellas o amparadas con ellas a las cuales hay que atajar, y dilucidar si ha lugar a exigir responsabilidades, inclusive a delinear políticas que permitan la prevención de comportamientos.

También es complicado, porque en la ejecución de lo que son estas investigaciones internas hablar a día de hoy de canales de denuncia, de la famosa directiva de *Westernblower* que teníamos que haber implementado antes de finalizar el año 2019, nos damos cuenta, que cuando se entremezcla con el sistema penal, hay un posicionamiento común de que estamos ante una clara manifestación de la privatización de la justicia penal. Pero claro, cuando hablamos de la privatización de la justicia penal y de estas nuevas técnicas, herramientas o dinámicas nos damos cuenta de que muchas veces están metiendo procesos, procedimientos, redefinición de actores, con la política del palo y la zanahoria.

Hablamos de implementar a todos los niveles una cultura de legalidad, se nos dice que somos autónomos e independientes para establecer todo ese marco regulatorio, todos los procedimientos y seguimientos; pero luego se nos dice si no cumplimos, cuáles son las consecuencias directas, en ocasiones no poder beneficiarnos de algunos premios, de algunos beneficios, de algunas manifestaciones de Justicia premiada.

Y el cuarto elemento por el cual estamos ante un elemento absolutamente complicado dentro de la novedad que puede representar en los últimos 15 o 20 años, es que España como otros países, ha sido víctima o está siendo víctima de lo que algunos llaman y yo utilizo, “macdonaldización de la justicia”, del ordenamiento jurídico también aquí, porque se introducen pautas de procedimientos, de criterios, de sujetos, de roles que vienen básicamente de países anglosajones y que si hacemos un análisis crítico chirrían un poco con lo que es nuestra tradición jurídica, nuestros principios, nuestros derechos, nuestras garantías. Por lo tanto, es importantísimo ese proceso de implementación, no solo desde el punto de vista sustantivo y orgánico, sino también desde el punto de vista procesal.

Como segundo tópico que yo les quería señalar es que hablar de investigaciones internas, de canales de denuncias, de protección, y en general de esa cultura de legalidad que se trata de asentar, además de ser una materia complicada, es una materia en la cual todos los países, actores y todos los

sujetos tienen que hallar puntos de equilibrio y que en todos ellos haya un diálogo armónico, porque cuando se habla de esa cultura de prevención, de sistemas de alerta identificadas las zonas de riesgo etc., estamos ante determinadas herramientas, patrones o instrumentos que sirven no solo para eventualmente dilucidar responsabilidades de todo tipo sino también, para prevenir un conjunto grandísimo de actos que en ocasiones pueden ser regulares, en ocasiones pueden ser ilegales, y solo en algunos casos son ilícitos. Por lo tanto, lo que estamos haciendo es crear unas dinámicas para deflacionar nuestro sistema de Justicia, insisto lo más significativo el penal, pero no olvidemos que cuando se habla de esta materia se ha empezado a trabajar si en penal, pero también en materia de medio ambiente, tributaria, de competencia desleal etc. Estamos ante una forma de trabajo que se está irradiando sobre todo el ordenamiento jurídico, claro ese punto de equilibrio también requiere que sepamos qué relación se establece entre el derecho procesal, sus instituciones, sus tradiciones, sus procedimientos, sus normas y códigos con otras muchas ramas del ordenamiento jurídico. Por supuesto con el derecho penal, pero también con el derecho laboral, administrativo, civil, mercantil, y tributario, tomando siempre como punto referencial básico el marco constitucional porque no olvidemos que cuando hablamos de esta materia e insisto estoy aterrizando y llegando a las investigaciones internas van a estar en juegos derechos como la dignidad, la intimidad y el secreto de las comunicaciones e incluso, desde el punto de vista de cuando se dilucidan esas responsabilidades con relación al derecho a no declarar contra sí mismo.

Otro punto de equilibrio básico y fundamental que se nos plantea, es cómo logramos combinar el interés general, el interés de una organización compleja, de una empresa donde hay accionistas, directivos o empleados, con el interés de terceros sujetos como proveedores o clientes, podrán entender que con esa concentración de sujetos pero con una concentración de derechos, de intereses, de inquietudes, de estrategias procesales defensivas, estamos ante una concurrencia de fuerzas centrífugas y centrípetas con lo cual poner orden no es absolutamente nada fácil.

Pero también el punto de equilibrio tiene que venir entre la legislación nacional y la supra nacional y la internacional yo les he hablado antes de pasada, de la directiva 2019 sobre protección de alertadores, tenemos un marco normativo, España ha asumido compromisos, entre otros está la Unión Europea, pero también tiene suscritos convenios internacionales con Naciones Unidas, con el Consejo de Europa y con otros organismos internacionales, que en ocasiones se utilizan como marco justificativo para algunas reformas internas nacionales, les recuerdo las reformas del Código Penal del 2010 y del 2015 o el cambio en las normas procesales del año 2015, donde el legislador español dice que con ello está cumpliendo los compromisos internacionales asumidos con todos esos organismos y a veces esos organismos y esas herramientas jurídicas dicen cosas distintas a las que se nos están vendiendo, pero luego nos damos cuenta ¿cuándo se cumplen esas obligaciones?, ¿cómo se cumplen esas

obligaciones?, ¿lo hacemos de una manera leal?, porque insisto España es uno de los 3 países de la Unión Europea que ahora mismo tiene bandera roja de la Unión Europea por no haber traspuesto la directiva en materia de alertadores.

El punto de equilibrio también tiene que venir porque en toda esta materia no bastan solo las normas, el papel que hace la Sala Segunda del Tribunal Supremo fundamentalmente, pero no solo con la sentencia, sino también con los votos particulares, el cambio brutal que ha habido desde 2010 hasta ahora insisto con relación a ellos y por qué no decirlo también con otros actores fundamentales como la Fiscalía General del Estado con esas instrucciones que todos conocemos en esta materia.

El tercer punto que les quiero destacar, en este escenario es que podríamos pensar fácilmente que estamos ante una materia minada de problemas, que nos va a obligar a posicionarnos, a dilucidar y en lo cual no estamos solos como ordenamiento jurídico español, sino también con relación a algunos otros. ¿Por qué? : primera cuestión pareciera que estamos ante un sistema ,una dinámica, unas pautas o unos procedimientos que se aplican solo a delitos complejos, a delitos graves transfronterizos, y con dimensión pública si nos referimos al sistema penal, pero claro enseguida nos surge algunas preguntas ¿el estado está reconociendo su incapacidad para combatirlos o para prevenirnos?, ¿el estado puede desplazar su responsabilidad en el control de esas conductas lesivas al sector privado o a los colegios profesionales ?, porque si hablamos de investigaciones internas estamos hablando de algo distinto a lo que hace el Estado a través de Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado o con el Ministerio Fiscal o con los Órganos Jurisdiccionales, por lo tanto estamos creando un sistema paralelo que viene a satisfacer determinadas necesidades por la insuficiencia o la ineficacia de las instituciones más ordinarias, más organizadas y que arrancan de la Constitución. ¿En toda esta nueva arquitectura dónde está y dónde tiene que estar el derecho procesal? pero no como una cuestión de posicionamiento sino con esos principios, con esos valores, con esos raciocinios, porque al final parece que todo vale, cualquiera puede hablar de cualquier cosa.

Un segundo paquete de conceptos cuando hablamos de investigaciones internas y en general con la cultura de cumplimiento y con todo lo que ello se deriva, es que esta materia está regada de conceptos jurídicos indeterminados: se habla de idoneidad ,de suficiencia, de ser bastante eficaz, grave, adecuado, seguro; por lo tanto caso a caso se va casi en una labor de carpintería diciendo lo que el legislador no ha dicho, o lo que no ha querido decir, o lo que no sabía o lo que le ha dado miedo, o lo que no sabe, claro tendríamos que pensar que un campo exploratorio como este, sobre la base de estar enjuiciando a ciudadano, a personas jurídicas es una materia yo creo un poquito riesgosa, más en un estado de derecho. Pero también cuando hablamos de los sujetos intervinientes, porque en este nuevo marco pues sí, hay policías, fiscales jueces, pero aparecen representantes especialmente designados, oficiales de cumplimiento, investigadores internos, certificadores, peritos y además algunos

otros viejos actores como los abogados están redefinidos ¿todos los abogados son iguales? ¿los abogados de empresa, los abogados externos? ¿los derechos, las delimitaciones son exactas o no? ¿la confidencialidad del secreto profesional?

Les abro el mapa de las cuestiones a estudiar, pero incluso estamos ante una materia absolutamente tecnicada y especializada que requiere de formación, de reciclaje ,de uniformización, por eso están las empresas certificadoras y ello demanda tiempo y costes, cuando justamente el leitmotiv de muchas de las reformas y están en Exposiciones de Motivos es que no tenemos tiempo, el sistema está colapsado, no tenemos recursos suficientes, por lo tanto nos damos cuenta que estamos ante un movimiento ,ante una oscilación que en ocasiones no sabemos hacia dónde nos lleva, y claro tenemos que ser conscientes que en estas nuevas dinámicas concurren elementos exógenos que sobre todo los aplicadores del derecho van a tener que tomar en consideración, por lo tanto ya no estamos ante un Tribunal, ante unos jueces que tienen que resolver con los cánones, patrones o con las inercias de antaño . Ahora hay que hablar y tomar en consideración el daño reputacional, el futuro de actividad empresarial, los derechos de los trabajadores, el tamaño de la empresa, por lo tanto, en la mochila tienen no solo la complejidad de asuntos grandísimos sino una concurrencia de intereses que van a tener que ponderar y que llevan a que en ocasiones muchas de las instituciones haya que flexibilizarlas, matizarlas etc.

Podríamos pensar, bueno, hay países más avanzados, yo les hablaba de los anglosajones, pero nos damos cuenta que cada país hace lo que puede sobre ese marco regulatorio general, que no hay modelos, y que pese a que pueda haber denominadores comunes no existe un patrón común que permita hablar de familias jurídicas, de modelos de experiencias, de éxito en esta materia, sino que aisladamente vamos tomando de unos y de otros.

Al final ¿ dónde queda la seguridad jurídica? porque claro en esa labor de albañilería que a diario hacen en la Sala Segunda del Tribunal Supremo en una materia tan difusa, tan complicada, se hace lo que se puede ,pero bueno pues algo esperable y sobre todo si hablamos del sistema penal, es complicadísimo y claro nos podríamos hacer la pregunta incluso si hablamos desde el punto de vista de los datos, de los resultados ¿y todo esto para qué? porque se nos dice que se inserta una cultura o una dinámica para tratar de prevenir, para tratar de resolver muchos de los conflictos, para depurar responsabilidades ,pero al final ¿cuántas sentencias de condena se dictan en esta materia?, evidentemente los números están empezando a crecer ,pero desde que estas nuevas dinámicas se establecieron en el 2010 ¿dónde estamos?¿ cuánto se tarda en dictar y en ejecutar? y ¿de qué manera se hace? ¿son el resultado de un juicio completo? pensemos no solo en España, sino lo que sucede en otros muchos países, donde el análisis de reformas del calado como la que estoy diciendo, pone en jaque a todo el ordenamiento jurídico.

Pero incluso más ,en se análisis crítico, en esas preguntas podemos decir ¿a costa de qué derechos y garantías constitucionales ? porque yo les he hablado de que el marco constitucional es básico y fundamental, que se dirime no solo en el orden jurisdiccional penal, sino que en esta materia cuando hablamos de investigaciones internas, cuando hablamos de canales de denuncia, cuando hablamos de reportes, cuando hablamos de sistemas de alerta, entra también por ejemplo muy fundamentalmente el derecho laboral.

Y claro pensando en el futuro ¿hasta cuándo esta política del palo y zanahoria? es decir, ¿podemos vislumbrar un momento en el cual los números que pudieron justificar una reforma no se den y tengamos que cambiar de patrones de actuación? ¿ por qué les digo esto? porque también uno, si lee literatura de Estados Unidos, se da cuenta que este modelo que se viene ensayando durante muchos años, está en regresión o en replanteamiento claro o en matización e incluso nos damos cuenta que esa famosa Directiva del Westernblower trata de asentar una cultura, pero por cuestiones de organización de costes absolutamente, empieza ya a marcar determinadas limitaciones: empresas por encima de 50 trabajadores, por lo tanto aquí sí, como en otras cosas el tamaño importa, por lo tanto estamos hablando de una cultura ¿para cuántos? ¿ para quién? ¿ en qué momento? y fíjense que en última instancia lo que nos podemos plantear es¿ hasta dónde pueden ceder las instituciones en la investigación, en la fijación y en la exigencia de responsabilidades? hablamos de investigaciones internas sí, pero cuando sucede al interior de las organizaciones, a resultas de un canal interno o a resultas de reportes por distintas vías ¿quién puede investigar? muchos plantean que solo los investigadores privados, depende de los oficiales de cumplimiento, tiene un papel fundamental los abogados un rol distinto ,si es un abogado externo para que el blindaje por esos derechos inherentes al derecho de defensa sean muchísimo más fuertes ¿Y con qué controles y con qué garantías? o inclusive ¿se establecen limitaciones distintas por normativa en materia de transparencia, de Protección de Datos? , ¿al final ¿qué nos vamos a encontrar?.

En todos estos temas están las investigaciones internas que están incentivadas, porque si existen, funcionan, son eficaces y eso se puede justificar, puede determinar una minoración en las responsabilidades, en el caso español en las responsabilidades penales ,pero nos damos cuenta que es una materia ,que está desregulada, que se plantea en un marco general de prevención, pero desde un punto de vista concreto de actuación, desde un punto de vista al menos yo así lo veo y así lo estudio con una connotación muchísimo más reactiva, donde tiene un papel fundamental el abogado, pero claro el abogado en relación y en ese diálogo que planteaba con esos otros sujetos, es una materia en la cual se van a suceder documentos, *entrepistas*, interceptación de comunicaciones, equipos de vigilancia, seguimiento, localización imagínense la literatura que hay doctrinal ,jurisprudencial la volatilidad en esta materia cuando vamos cogiendo todos y cada uno de sus elementos, incluso podemos decir compartimentos estancos . Fíjense que deslindar es absolutamente complicado, eso genera

tensión con derechos fundamentales, pero digo dos cosas ¿dónde quedan los derechos fundamentales? porque digo esto, porque tenemos que tener perfectamente claro que la relación que se establece entre el Estado con los ciudadanos no puede ser la misma relación que se establezca entre una determinada organización, una determinada estructura, pensemos en una empresa. Por lo tanto, no estamos hablando de lo mismo, y no hablando de lo mismo tenemos un problema.

Termina su intervención diciendo y ¿quién paga toda esta fiesta jurídica e institucional? Estamos ante una materia que puede tener elementos muy positivos, que en su construcción teórica podemos decir que podría tener su razón de ser, pero que cuando la bajamos a pie de obra, vemos muchas de las aristas que he planteado y otras que me quedan en el tintero.

### **La prueba prohibida obtenida a través de IA. Xulio Ferreiro Baamonde**

Continuó la mesa con la intervención de Xulio Ferreiro Baamonde, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de A Coruña y decano de su Facultad de Derecho.



*Xulio Ferreiro Baamonde  
PTU Dº Procesal (UDC)*

En su opinión, también en este caso estamos ante una problemática que ofrece casi más dudas que certezas; podemos preguntarnos ¿por qué?, pero también ¿cómo?, e incluso ¿el qué? El terreno es sumamente pantanoso desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de la certeza e incluso de la comprensión de algunas de las cuestiones que se suceden al hilo de la IA.

Son cuatro los objetivos que se plantea:

Primero explicar un poquito de qué hablamos cuando hablamos de inteligencia artificial y diferenciar tres conceptos tan unidos entre sí como el Big Data, los algoritmos y la inteligencia artificial.

Trazar algunos ejemplos de cómo se está utilizando ya la inteligencia artificial en el proceso penal, no estamos hablando de ciencia ficción, estamos hablando de cosas que están pasando ya, que están utilizándose y que incluso en algunos casos tienen aplicación jurisprudencial.

La implicación de la inteligencia artificial y de su uso en el proceso penal para los derechos fundamentales, evidentemente como presupuesto para hablar de prueba prohibida, de que se puede o no se puede, tenemos que saber cómo afecta esto a nuestros derechos fundamentales.

Y por último ¿todo esto en el proceso como lo resolvemos? que es el kit de la cuestión, no el único, pero que nos va a importar mucho y sobre el que sinceramente a día de hoy tengo muy poca idea de cómo resolver e intentaré explicarlo.

### Inteligencia artificial y proceso penal

La inteligencia artificial es una combinación de tecnologías que agrupa datos, algoritmos y capacidad informática, estamos hablando de máquinas, por tanto, software también hardware que, a través de un objetivo de adquisición, análisis e interpretación y estructuración de estos datos, por lo tanto, el *Big Data* vamos a ver que es muy importante aquí, analizan toda la información y ofrecen decisiones o se toman decisiones, que pueden ser de muchos tipos.

Podemos hablar de inteligencia artificial, desde el coche autónomo que está controlando todos los datos de la circulación para tomar decisiones sobre si frenar, acelerar, torcer a la derecha o a la izquierda, podemos hablar de la aplicación del *Spotify* en nuestros teléfonos que analiza nuestros gustos musicales y los gustos musicales de las personas que han escuchado las mismas canciones que nosotros y nos ofrece también decisiones en forma de sugerencias, de escucha etc., y cómo esto mil cosas que todos los días cada vez que abrimos el teléfono móvil está funcionando: el *Google*, todas las ofertas de compra, el Amazon, esto es una parte importantísima de la economía actual y evidentemente esto va a tener también implicaciones en el proceso.

Por tanto, dos conceptos relacionados importantes, el *Big Data* o los macrodatos: recopilación, análisis, y acumulación constante, de grandes cantidades de datos procedentes de diferentes fuentes y objeto de tratamiento automatizado mediante algoritmos informáticos etc. El *Big Data* es una nube de datos que tiene diversos orígenes y que, a través de los algoritmos, que son esas ecuaciones matemáticas diseñadas por programadores, pero que cobran vida propia; van a ser estructurados y analizados, se van a derivar datos secundarios de estos datos primigenios sobre los que todavía podemos pensar que tenemos algún control, Spoiler no tenemos ningún control, es todo ficción. Estos algoritmos van a ser las fórmulas matemáticas encargadas de entrelazar los datos y proporcionar un resultado.

Una serie de cuestiones en cuanto al funcionamiento de los algoritmos que son importantes, primero los datos que se analizan habitualmente van a llevar a que la inteligencia artificial busque correlaciones, esto es importante porque nosotros tendemos a funcionar con un pensamiento científico de causalidad, es decir, pasa esto porque es consecuencia de esto otro; la máquina no analiza en términos de causalidad; la máquina funciona en términos de correlación y por lo tanto no va a detectar cuestiones que a nosotros nos pueden repugnar, por ejemplo si una persona de determinada raza tiene más posibilidad de cometer un delito que otro, esto desde un punto de la causalidad sabemos que no existe, no hay o creemos no hay un determinismo genético para cometer

delitos en función del origen étnico de las personas, pero la máquina seguramente analizara datos y llegara a la conclusión de que hay determinados grupos étnicos que sostiene un tanto por ciento de población carcelaria mayor que otros grupos étnicos, y de ahí la máquina va a deducir que esos grupos étnicos, tienen más posibilidad de cometer delitos, y esto no es baladí desde el punto de vista de los derechos fundamentales, no discriminación, dignidad humana etc.

En segundo lugar tendemos a pensar que si los algoritmos y la fórmula está bien diseñada, si tenemos un programador decente que no meta prejuicios en la máquina, va a funcionar bien, mentira, porque la máquina de inteligencia artificial cobra vida propia, aprende, evoluciona, crea datos nuevos, y más importante todavía, en muchos casos, con las redes neuronales, con las nuevas fórmulas de funcionamiento de la inteligencia artificial, ni el programador, ni el creador o la creadora, ni la propia inteligencia artificial en sí, es capaz de explicar porque toman las decisiones; lo cual es importante desde el punto de vista del control. Nosotros podemos hacer la ficción de que entendemos por qué un juez o una jueza toman decisiones y nos lo explican en su motivación que podrá ser la real, podrá ser formulario etc., pero hay un método de control, que, en muchos casos, con las nuevas fórmulas inteligencia artificial directamente no existe. Dejar esto sentado está bien, porque nos va a permitir tener una discusión sobre la realidad y no sobre lo que pensamos que es la realidad,

#### Aplicabilidad en el proceso de la Inteligencia artificial

¿Cómo podemos aplicar en el proceso la inteligencia artificial? no hablo de ciencia ficción, es decir no voy a hablar del ideal de la inteligencia artificial ,de que el ser humano, el usuario le explica a una máquina su problema ,esa máquina la traduce, se la explica otra máquina juez, y esa máquina juez logra una decisión, eso no sé si pasará algún día o no, creo que no vale mucho la pena, por lo menos para mí teorizar sobre eso, porque creo que hay problemas más acuciantes que sí están pasando .

Ya existen técnicas de predicción judicial, aplicaciones de inteligencia artificial que facilitan a los abogados y las abogadas herramientas sobre cuántas posibilidades de éxito tiene su caso. Es por ejemplo, *RossIntelligence*, que es una inteligencia artificial creada por IBM que se aplica en muchos despachos de abogados y abogadas de Estados Unidos y que parece ser que ofrece resultados entre el 70 a 80% de fiabilidad ; hay experimentos de inteligencia artificial sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos, que han llegado a acertar los resultados de las sentencias del Tribunal de Derechos Humanos en un 70% de los casos ,por lo tanto ya está ahí, ya está siendo utilizado .

Las tomas de decisiones judiciales a través de algoritmos, es decir ya hay utilización de esto, por ejemplo el COMPAS que es una máquina inteligencia artificial utilizada en los Estados Unidos, que a partir de datos y de un cuestionario realizado a las personas condenadas, establece una predicción



sobre su posibilidad de reincidencia y ofrece al juez una sanción concreta .Esto está siendo aplicado hoy en día y no sabemos cómo, porque básicamente COMPAS, es una inteligencia artificial privada, que la empresa propietaria nunca ha desvelado el código, no ha desvelado el algoritmo, lo que sí sabemos es qué tipo de preguntas se hacen al reo en estos casos, como por ejemplo cuál es su opinión sobre el sesgo social que tiene el sistema penal, si cree que los pobres van más veces a la cárcel que los ricos y yo no sé cómo la respuesta influye o no a la hora que la máquina tome su decisión, no lo sé yo y no lo sabe el juez .

En Buenos Aires se está utilizando un sistema PROMETEA para asuntos sencillos, donde hay tal vez cierta automaticidad en la toma de decisiones y este es un sistema como el que está trabajando el Gobierno español también para implantarlo o para importarlo, porque está siendo exitoso en Buenos Aires.

Puede ser utilizada también la inteligencia artificial para la tramitación procesal, en el monitorio por ejemplo o en aquellos procesos donde no hay una contestación o donde falta de contestación la decisión es automática, en este caso se trataría de sustituir no al Juez, a lo mejor al Letrado de la Administración de Justicia, que parece dicen algunos que es más sustituible que pues no estoy seguro de ello.

Otras posibilidades, en las reconstrucciones virtuales de hechos se puede y se están utilizando herramientas de inteligencia artificial donde se le meten los datos y después esto acaba en un modelado 3D sobre cómo ha tenido lugar el hecho punible y después el Juez o Jurado decidirá si corresponde o no corresponde con la lo que pasó realmente, pero desde luego la proyección de esa imagen va a provocar un efecto en la convicción judicial

Por poner un último ejemplo por ejemplo el *RisCanvi* es una aplicación que se está utilizando hoy en día en España, concretamente a la administración penitenciaria catalana, donde esta máquina inteligencia artificial decide en muchos casos si conceder o no beneficios penitenciarios a las personas que están cumpliendo penas privativas de libertad, y esto lleva varios años funcionando y dicen que con buenos resultados.

La prueba obtenida a través de la Inteligencia Artificial

¿Qué tipo de prueba puede ofrecer la inteligencia artificial?, ¿cómo puede ayudar la inteligencia artificial a la actividad probatoria en el proceso penal? En primer lugar, repito no estoy hablando de ciencia ficción, sino de cosas que están pasando. Hoy en día, el 80% de los procesos penales incluyen algún tipo de dato electrónico entre el acervo probatorio; evidentemente no todos lo electrónico es inteligencia artificial , un WhatsApp no necesariamente es inteligencia artificial no lo es, pero del WhatsApp se van a derivar muchos datos, porque todo esos datos que vamos mandando por WhatsApp, hay una empresa propietaria del WhatsApp que se encarga de recogerlos, de meterlo en sus bases de datos, de analizarlo y de ponerlo a disposición de terceros que después toman otras decisiones , pues eso lo dejamos ahí y eso evidentemente nos va a afectar

a nuestro derecho de intimidad, a nuestro derecho a declarar, porque nosotros no sabemos cuándo estábamos poniendo una publicación en Facebook, en Twitter o en Instagram sí eso algún día puede ser utilizado en un proceso penal, como un elemento más que analice nuestras tendencias, nuestra ideología y nuestra probabilidad de ser autores de un delito, porque también estamos hablando de términos probabilísticos, de perfiles de etc., cosa que evidentemente nos separa del derecho penal de autor, nos separa del derecho penal democrático .

En principio ¿Cómo introducimos la prueba de inteligencia artificial en el proceso? ¿qué es la prueba de inteligencia artificial? ¿es prueba científica? ya he dicho no exactamente, las reglas del método científico son las reglas con las que funcionan la inteligencia artificial, si las reglas para elaborarla, pero no las reglas de análisis de datos y de conclusiones que ofrecen estas herramientas. ¿Se parecen por ejemplo los informes policiales de inteligencia?, en muchos casos se utiliza como prueba del proceso penal, la narrativa de la de los servicios inteligencia de la policía diciendo cómo están las conexiones entre bandas delictivas etc., esto puede ser una forma automatizada de elaborar ciertos informes. ¿Es prueba pericial? en cuanto analiza datos, utiliza máximas de la experiencia y ofrece conclusiones de datos que el juez no puede analizar por sí mismo, podría ser prueba pericial, en todo caso dado que no hay limitación de medios de prueba en el proceso penal nos da un poco igual como la clasifiquemos, igual no, porque después a la hora de introducirlo en el proceso no es igual, pero bueno vamos a pasar esto por alto. Estamos hablando de instrumentos que no son homogéneos, hay de todo tipo, no es lo mismo realizar una autopsia virtual que realizar un perfil de la posibilidad de reincidencia de una persona; las implicaciones para los derechos fundamentales son diferentes, los métodos, la fiabilidad, todo es muy diferentes. Algunos elementos tenemos aquí como las tecnologías de reconocimiento facial, la valoración de testimonios de testigos, es decir la inteligencia artificial aplicada a la psicología del testimonio, por lo tanto, emitir conclusiones sobre la veracidad o no de las declaraciones dadas por un testigo o una testigo; por ejemplo, Veripol que está siendo utilizado por la policía española por ejemplo para ver si las denuncias que se presentan en comisaría tienen visos de ser cierto. El Clearview es una herramienta que la Unión Europea haya dicho que no se puede utilizar, básicamente se basa en fotos recogidas de múltiples fuentes y que después se meten en esas bases de datos Big Data.

¿Cómo abordamos procesalmente la tutela de los derechos fundamentales en el uso de la Inteligencia Artificial?

Desde luego la forma tradicional de defender los derechos fundamentales en el proceso y de observar la realidad de la prueba en el proceso, salta por los aires con todo esto, porque la privacidad, la no discriminación ,el derecho de defensa la opacidad esto lo hemos visto ,pero normalmente los derechos fundamentales la legalidad ,la jurisdicción, la especialidad, la idoneidad, la necesidad de proporcionalidad de la medida, que es como nos venimos

acostumbrando a trabajar, implica primero que la ley reconoce un medio de prueba, reconoce la posibilidad de limitar derechos fundamentales y que el juez analiza después la idoneidad de aplicar esto en un proceso, esto aquí es imposible. Primero porque no hay ningún tratamiento legal al respecto, porque no todos los métodos de inteligencia artificial son iguales y desde luego porque no hay una posible previsión a nivel legal anterior sobre el uso de una herramienta, lo que hay es intentar ver cómo funciona el algoritmo con carácter previo a la utilización, pero desde luego esto va a necesitar de análisis previos de los sistemas de inteligencia artificial ¿quién va a hacer esos análisis previos? y aquí es muy parecido a lo que Nicolás decía antes sobre la subcontratación del control de los derechos fundamentales en auditorías, en la licitación previa de los sistemas de derechos fundamentales etc. Y mientras el juez no va a poder nunca realizar un análisis de si en el caso concreto o no, se han limitado ilegalmente derechos fundamentales porque no va a tener acceso a los datos, porque no va a ver cómo funciona la máquina y porque nadie va a poder explicárselo y desde luego no de forma sencilla. El Parlamento Europeo lo que está diciendo es, vamos a prohibir determinadas cosas que son muy sensibles para los derechos fundamentales y vamos a limitar otras hasta que sepamos realmente, bien cómo funcionan lo cual creo que no se corresponde mucho con lo que ya está pasando no solo en Europa sino en terceros países.

#### Conclusiones:

Por lo tanto, creo que esto nos va a exigir un replanteamiento de las garantías procesales; actuar con carácter previo mucho más que en el proceso; y desde luego va a desempoderar mucho al juez o la jueza en el proceso concreto al respecto del control de los derechos fundamentales.

Y como ven pocas certezas, pero algunas dudas que en todo caso tampoco en fin son demasiado halagüeñas respecto a la protección de nuestros derechos como ciudadanos y ciudadanas

### **Las declaraciones de los menores como prueba preconstituida en el proceso penal. Laura Álvarez Suárez**

Interviene, por último, Laura Álvarez Suárez, doctora por la Universidad de Oviedo, Investigadora en el Área de Derecho Procesal y Jueza Sustituta de los juzgados del Principado de Asturias.



*Laura Álvarez Suárez*

*Doctora por UNIOVI y jueza sustituta*

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la Violencia (en adelante, LOPIIAV), introdujo bastantes novedades en nuestra longeva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (LECrím), una de ellas fue el establecimiento de

la práctica de la declaración de los menores de catorce años como prueba preconstituida en la fase de instrucción del proceso penal (ex artículo 449 ter LECrim).

La finalidad de esta reforma responde esencialmente a dos motivos, el primero, evitar la victimización secundaria de los menores que no tendrán que volver a repetir su declaración en el plenario, salvo supuestos tasados. Y el segundo, garantizar la calidad de las declaraciones de los menores edad, ya que las mismas no se verán menoscabadas por el lapso de tiempo que transcurre entre la comisión del delito y la celebración del juicio oral, lo que sabemos que puede dilatarse bastante en el tiempo. Esta pauta ya fue seguida precedentemente por el legislador español en el año 2015 cuando aprobó el Estatuto de la Víctima del delito que, en su artículo 26.1, establece que cuando las víctimas sean menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección “las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio”.

El artículo 449 ter LECrim, en su apartado dos, establece que para la práctica de las declaraciones de menores de catorce años el Juez o Tribunal “podrá acordar que la audiencia se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba”. Para ello, las partes deberán trasladar a la autoridad judicial las preguntas que consideren oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad se las proporcionará a los expertos para que se las efectúen al menor. Una vez concluida la audiencia del menor, las partes pueden solicitar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. No cabe duda de que, se trata de una disposición muy adecuada para proteger a los menores, salvaguardando su interés superior.

Para llevar a cabo la previsión del artículo 449 ter LECrim, apartado dos, los Jueces y Tribunales precisan de una Cámara Gesell. Dicha cámara es una habitación dividida en dos por medio de una pared tabicada que tiene una apertura donde está incrustado lo que de un lado se ve como un vidrio y del otro como un espejo. En el primer espacio se encontraría el menor con el psicólogo y con el trabajador social para que le efectuaran las preguntas que les traslade el Juez, dicho espacio debe estar ambientado para que el menor se sienta lo más cómodo posible (con lápices, folios, juguetes, etc.). En el segundo espacio deberían estar observando el Juez, el Fiscal y los Letrados de las partes.

Desafortunadamente, muy pocos Juzgados cuentan con una Cámara Gesell por lo que nos encontramos ante la tesitura de que, en muchas ocasiones, aunque los Jueces y Tribunales consideren que la mejor forma de preservar el interés superior del menor es a través de la posibilidad que les brinda el apartado dos del artículo 449 ter LECrim, no podrán llevarla a cabo por falta de medios...



## ACTO DE CLAUSURA (\*)

El acto de clausura de las Jornadas estuvo presidido por el Rector de la Universidad de Oviedo, Ignacio Villaverde Menéndez, y contó con la presencia del segundo teniente alcalde del Ayuntamiento de Oviedo, Mario Arias Navia, de la Viceconsejera de Justicia del Principado de Asturias, Encarnación Vicente Suárez, del Presidente del TSJ del Principado de Asturias, Jesús M. Chamorro González y del Director de las Jornadas, Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín.



*De izda. a dcha. Mario Arias (Ayto. Oviedo), Encarnación Vicente (Viceconsejera), Ignacio Villaverde, Rector, Jesús M. Chamorro, Presidente TSJ, Agustín J. Pérez-Cruz, director Jornadas*

El Sr. Rector comenzó el acto mostrando su satisfacción por volver a lo suyo, a lo jurídico, en lo que para él es «volver al hogar». Dio la palabra, sucesivamente, al director de las Jornadas, a la Viceconsejera de Justicia, al segundo teniente alcalde del Ayuntamiento y al Presidente del Tribunal Superior de Justicia.

Agustín J. Pérez-Cruz, tras agradecer a las autoridades que le acompañan en la mesa su presencia, mostró su satisfacción por el desarrollo de las Jornadas. El propósito de los organizadores no fue otro que hacer un planteamiento general y dar una visión panorámica de la compleja problemática que se plantea en todo lo relacionado con la prueba prohibida; sin pecar de falsa modestia, expresó su convencimiento de que el resultado ha sido un éxito. Continuó explicando que, con el proyecto en que se enmarcan las Jornadas, el grupo de investigación OV-PROC asumió el reto durante los próximos tres años de desarrollar las cuestiones que, por evidentes razones de tiempo, en esta jornada y media solo se han esbozado, con la aspiración última de poder trasladar a la sociedad los resultados de la investigación a través de una propuesta sólida y argumentada sobre la regulación de la prueba prohibida. Concluyó mostrando su agradeciendo a todos los participantes en las Jornadas.

---

\* Resumen preparado por José María Roca Martínez.

La Viceconsejera de Justicia, Encarnación Vicente agradeció la invitación, felicitó a la Universidad y a los organizadores y les animó a continuar promoviendo actividades de este tipo.

Jesús M. Chamorro, Presidente del TSJ, expresó que para él es un placer poder intervenir como representante del Poder Judicial en Asturias en estas Jornadas. Considera que se trata de un honor por varios motivos: porque los jueces, desde su visión práctica, pueden aportar muchas cosas a la doctrina científica; porque a esta aula acudió como alumno y en ella se inició en el estudio del Derecho Administrativo y, con el paso de los años, defendió la tesis doctoral; porque permite compartir mesa con amigos. Concluyó felicitando a los organizadores y a todos los ponentes.

En representación del Ayuntamiento de Oviedo, Mario Arias reconoció que, aun no habiendo tenido la oportunidad de estudiar en el edificio histórico, sí que hizo uso de su biblioteca, recuerda con especial cariño. Traslado el saludo del Alcalde, Alfredo Canteli, hoy ausente por razones de agenda pero que la víspera recibió a los ponentes en el Ayuntamiento. Destacó la importancia que para Oviedo tiene la organización de Jornadas como estas porque esa es una de las potencialidades de la ciudad. Recordó que el Ayuntamiento siempre ha estado dispuesto a colaborar con la Universidad y concluyó felicitando a los organizadores, animando a la continuidad y ofreciendo la colaboración institucional del Ayuntamiento.

El acto de clausura concluyó con la intervención del Sr. Rector, Ignacio Villaverde. En sus primeras palabras reconoció con cierta nostalgia que estas Jornadas le recordaban su paso por el Tribunal Constitucional, donde tuvo oportunidad de debatir acaloradamente con sus compañeros letrados sobre la prueba prohibida. Continuó «sacando músculo» y presumiendo de la Facultad de Derecho, de su Facultad; sería mal Rector si no lo hiciese, pero su potencia es una realidad. Agradeció la presencia de tres instituciones señeras en Asturias, con las que la colaboración de la Universidad es estrecha y cariñosa: el Tribunal Superior de Justicia, el gobierno del Principado de Asturias, en este caso a través de la Viceconsejera de Justicia, y el Ayuntamiento de Oviedo; instituciones todas ellas que, por igual, siempre han estado con la Universidad cuando se les ha pedido apoyo. Para finalizar, animó a los grupos de investigación y a la Facultad a seguir investigando y a seguir compartiendo sus investigaciones, agradeció la dedicación de todos los profesores y profesoras y concluyó con las palabras de Josep Plá «de aquí, probablemente no os vayáis más ricos, pero seguro que os vais más sabios».



Universidad de Oviedo