

# La prueba prohibida a debate

II JORNADAS INTERNACIONALES  
DE DERECHO PROCESAL



Universidad de Oviedo

**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

## 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.