

# 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 Loredo 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 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».

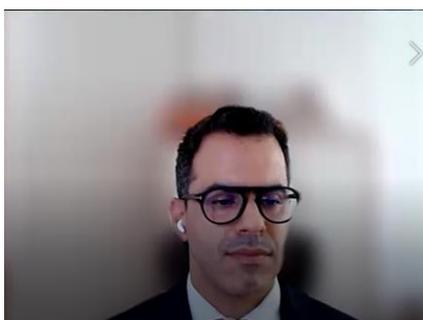
Expuso su posicionamiento crítico al concepto unitario de exclusión de la prueba prohibida dirigida tanto a la exclusión de la culpabilidad y/o la inocencia, es decir, la posibilidad o no de la exclusión de la prueba ilícita dirigida a demostrar la inocencia del acusado, expresando que, si bien en Italia 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.