

# 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

## 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.