

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

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

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).