

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 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 1

LA PRUEBA PROHIBIDA. CUESTIONES GENERALES (*)

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



Marcos Loredo Colunga

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Convencionalidad y prueba prohibida. Luis A. Cucarella Galiana

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



*Amparo Renedo Arenal
PCD Derecho Procesal (UCAN)*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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