

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
Ilicitud 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 4

LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO CIVIL (*)

La sesión vespertina del día 3 comenzó con la mesa titulada “La prueba prohibida en el proceso civil”, que fue moderada por el abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, Ernesto Tuñón Oyón, quien comenzó poniendo de manifiesto la densidad del programa y advirtiendo de la necesidad de utilizar con prudencia los tiempos asignados.



Ernesto Tuñón Oyón, abogado ICAO

Necesidad de la prueba civil. Proposición y admisión. Anticipación y aseguramiento. Sonia Calaza López



*Sonia Calaza López
CU de Derecho Procesal UNED*

Sonia Calaza López, Catedrática Derecho Procesal de la UNED, en su ponencia titulada «Necesidad de la prueba civil. Proposición y admisión. Anticipación y aseguramiento» hace un interesantísimo recorrido sobre la prueba civil, al merecer un capítulo aparte dentro de la prueba en general en el Congreso ya que, si bien la jurisdicción es única, es una protolengua o lengua madre con

lenguas hijas que son autónomas, que no son dialectos, y tan dispares entre sí como la civil, penal, contencioso-administrativa o laboral. Todas tienen un tronco común, pero, a lo largo del tiempo han logrado autonomía o individualidad fundamentalmente porque la prueba es el eje que viene a dirimir conflictos públicos, privados, semipúblicos o semiprivados y gozan de unos caracteres prácticamente opuestos según en qué proceso se practiquen.

La prueba civil presenta notas comunes al resto de prueba, aunque tiene otras absolutamente distintas. El objeto de la prueba en general, y también de la

* Los resúmenes de las intervenciones han sido realizados por Manuela A. Rodríguez Morán.

civil, se contrae a la comprobación de los hechos naturales, históricos, empíricos, pasados, desconocidos, es decir, que no son hechos notorios.

El derecho a la práctica de la prueba es un derecho fundamental pero no ilimitado o absoluto que, por tanto, debe adecuarse a un protocolo legal -que es el que establece sus cánones o reglas de actuación y lo que se aparte de ahí es prueba prohibida- y a un protocolo jurisdiccional -que son los atributos de pertinencia, utilidad, legalidad y licitud, respetuosa con las garantías constitucionales.

A continuación, la ponente se adentra en el estudio de la prueba electrónica, teniendo en cuenta la velocidad vertiginosa de la red y la cambiante realidad tecnológica a la que nos sometemos cada día. Por prueba electrónica se puede entender toda la contenida a través de la red o en un equipo o dispositivo informático, que ha de ser respetuosa con el procedimiento legalmente establecido y con los derechos fundamentales. Suele suceder que la prueba electrónica no es una prueba pura, sino una “prueba de la prueba” que nos ayuda a alcanzar la verdad sobre un hecho, lo más aproximado a lo que ha acontecido en la realidad.

La ponente asume el reto de realizar un análisis pormenorizado de los tipos de prueba electrónica, analiza con rigor la peculiaridad de que, dependiendo de dónde la extraigamos, puede ser volátil o no, con la enorme dificultad que entraña por la escasísima regulación sobre este tema, clasificándolas en primer lugar en pruebas dimanantes de la red, como páginas web, correos electrónicos, archivos informáticos, etc., que se caracterizan por su volatilidad y el peligro de que pueden ser manipuladas porque carecen de un soporte físico y no permanecen en la red en el estado en el que nosotros las hemos realizado, es decir, pueden ser manipuladas.

En segundo lugar, las pruebas dimanantes de un dispositivo informático o electrónico como una CPU, pendrive, y dentro de éstos, una subcategoría como fotografías, videos, audios, que se caracterizan por ser no volátiles porque una vez que han sido aprehendidas se pueden custodiar, dando lugar a que sobre ellas se pueda practicar una pericial de ahí que digamos que son una “prueba de la prueba” y que no son pruebas puras sino que son una primera prueba sobre la que hay que practicar otra para conocer quiénes son los comunicantes, es decir, el emisor y el destinatario, que ese es el contenido y que no ha sido manipulado, por eso en el proceso civil hay que anticiparla, porque la mayor parte de las pruebas tecnológicas son pruebas anticipadas, lo que en el proceso penal llamaríamos preconstituidas pero que en el proceso civil vamos a denominar aseguradas. Además, la mayor parte hay que custodiarlas y ahí es donde reside la dificultad de la prueba tecnológica, no tanto en su obtención sino en la custodia, eso que la jurisprudencia denomina la mismidad, el tener la absoluta certeza de que la que ha sido aprehendida u obtenida es la que luego ha de ser valorada por el Juez.

Y, por último, las pruebas mixtas que son un híbrido en parte electrónica y en parte física como la videoconferencia o las pruebas periciales sobre aparatos informáticos. La Ley de Enjuiciamiento Civil parece referirse a todas ellas en un único precepto, sin que haya una regulación de la prueba electrónica en sí en el marco del proceso civil, está algo más avanzada dentro del proceso penal sin ser tampoco una regulación muy casuística. Nos dice el artículo 299.2º LEC que “También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”. No hay nada más, a partir de aquí todo queda en manos de la buena praxis judicial aderezada con algún componente de que en los juzgados se encuentren personas especializadas en derecho informático, pero poco más. Por ello es importante para una futura regulación de la prueba electrónica el proyecto del Profesor Pérez-Cruz de regular estos canales porque lo que no puede suceder es que la prueba electrónica sea una prueba en virtual de la analógica, porque tiene peculiaridades propias, tanto las que están como las que han de llegar, o como las que ya se han regulado en el proceso penal como los dispositivos de geolocalización, los drones y, a saber, puede llegar a implementarse la máquina de la verdad. En consecuencia, deben regularse porque tienen un doble soporte, no es como la prueba analógica, tiene un soporte de hardware que incluyen componentes físicos o materiales (disco duro, monitor, ratón, CPU, etc.) y otro de software, que son esos componentes inmateriales (sistemas antivirus, sistemas operativos, navegadores que diremos están en el alma de la computadora). Por tanto, mente y cuerpo artificiales es lo que tiene que ser examinado por el juez y la pericial va a ser la prueba reina porque el juez, por muchas máximas de experiencia que tenga, no va a poder tener la absoluta certeza de que ese contenido no ha sido manipulado de ahí la brecha digital. Ese cuerpo y alma digital deben ser inspeccionados no sólo frente a las anomalías técnicas y esa idea de que ha podido ser manipulada por las partes porque cada vez es más fácil manipularlas, crear canales o identidades falsas, trasladarlas solo con la finalidad de dejarla preconstituidas –aunque sea un término penal, pero es más gráfico que el de aseguramiento– perfectamente garantizadas para que el juez no tenga más que verlo y condenar por ello.

En consecuencia, la ponente resalta la necesidad de una regulación autónoma de este tipo de pruebas dado que hemos superado el proceso escrito, estamos a punto de superar el proceso oral y nos encontramos ante un momento híbrido en los juzgados ante la digitalización dado que lo escrito ni lo oral va a perdurar, a fin de afrontar la brecha digital, con el temor a lo desconocido, a lo digital y la confianza que el juez debe depositar en los terceros, con la necesidad de esos peritos informáticos, con conocimientos en derecho e informáticos debiéndose crear una titulación específica. La justicia del siglo XXI no puede ser como la que conocemos hasta este momento.

Ahora mismo, no existe una regulación de cada una de las pruebas tecnológicas. Hablamos de manera impropia de los documentos electrónicos, trasladando la regulación de los documentos públicos y privados a los documentos electrónicos públicos y documentos electrónicos privados, que pueden ser muy fácilmente manipulables y no debieran ser prueba plena.

Se ha implementado la videoconferencia, sobre todo con la pandemia que, presenta ventajas económicas pero la contradicción, oralidad, publicidad se pierde.

En resumen, la prueba pericial es la prueba reina en la prueba electrónica porque una vez que queda custodiado por el LAJ, cualquier mecanismo electrónico que se conecta a la electricidad puede destruirse en un segundo, implementando lo que en los juzgados se llaman jaulas de Faraday consistentes en una desconexión electrónica, y que hace que una vez que se aprehende se produce un clonado y sobre éste se ha de trabajar conservando la cadena de custodia.

Y, por último, nos señala que el reconocimiento judicial deberá contar con un apoyo de técnicos especialistas en la materia.

La prueba en los procedimientos de filiación. Julio F. Carbajo González

El Profesor Titular de Derecho Civil Julio F. Carbajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, en su ponencia «La prueba en los procedimientos de filiación» reflexiona sobre la pertinencia de la prueba y su eficacia en orden a la resolución de los procedimientos que se abren para determinar una filiación.



*Julio F. Carbajo González
PTU Derecho Civil UNIOVI*

Realiza un pormenorizado recorrido desde el año 1981 en que se reforma el derecho de familia en España en este campo hasta llegar a nuestros días a través de las acciones de filiación para la acomodación de la verdad biológica con la verdad material que proclama el Registro Civil en orden al estado civil de las personas y las importantes consecuencias que de todo ello se deriva.

La CE española cambió la filosofía, con la no discriminación entre la clase de filiación, a través del artículo 39, según el cual los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. Se reformó el Código Civil con la Ley de 13 de mayo de 1981, y le dedica los antiguos artículos 127, 128, 129 y 130

para introducir las acciones e impugnaciones de la filiación. Son normas de carácter absolutamente procesal porque regulaban aspectos de legitimación y plazo. Realmente representan la pretensión de un aspecto sustantivo que luego, con la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, que integró en su regulación especial lo que ya recogía el Código Civil con algún aditamento que no figuraba en la regulación inicial.

El ponente centra su análisis en dos cuestiones primordiales: la primera ese requisito del principio de prueba que hoy está en el artículo 767, apartado primero de la LEC, que hay que incorporar con la demanda para que se admita a trámite. Él lo criticó mucho en su momento porque tenía un sentido de dotar, a simple vista, de dar apariencia de seriedad a su demanda, algo absolutamente excepcional dentro de nuestro proceso. En la intrahistoria del artículo pesaba el miedo ancestral que siempre hubo de las demandas de paternidad en las familias burguesas del Código Civil de 1989 sobre la filiación dentro y fuera del matrimonio.

Entiende el conferenciante que hay otros procedimientos diferentes al principio de prueba, recordando un caso que salió en la prensa de hace años, sobre la presunta hija de Dalí, en el cual llegaron a exhumar el cadáver y que luego resultó que no había ninguna concordancia genética, desestimándose la demanda en primera instancia y el asunto no llegó más allá porque a la señora se la encontró muerta en un banco en la calle dos años más tarde.

Realmente la idea de que el principio de prueba tiende a evitar demandas infundadas no lo acaba de ver del todo, analizando los diferentes supuestos en la jurisprudencia y que, entiende que en la práctica el Tribunal Supremo se ha cargado porque algunos tribunales eran muy laxos al admitir, papeles, fotografías, etc. Algunos juzgados además admitían como principio de prueba la declaración en la propia demanda de la proposición de medios de prueba que en su momento se propondrán, y ello es cargarse la razón de ser del artículo. En legislación civil, no de derecho común, hay normativa catalana, por ejemplo, que se excluye los principios de prueba, no así en Navarra que lo mantiene. En este sentido, la STS 3 de diciembre de 1991 señala que basta que con la demanda se oferte la posibilidad de practicar pruebas en el momento adecuado y de este modo se lleve a cabo un control de la admisibilidad.

Una vez presentada la demanda habiendo sido admitida a trámite, la piedra angular está en la práctica de la prueba que el Profesor Carbajo señala que tendemos a pensar que la única prueba que tiene sentido y cobra protagonismo, es la prueba biológica, pero la filiación es un tema jurídico con sustrato biológico, la filiación se puede probar de muchas maneras, antes lo decía el artículo 135 del Código Civil y ahora lo señala el artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aparte de la prueba directa, que solo se puede conseguir por la prueba biológica, hay otras pruebas como, por ejemplo, el reconocimiento de una paternidad o la convivencia aunque es verdad que si queremos probar la generación hay que acudir a la prueba biológica.

Sin embargo, el ponente se ha encontrado en su andadura como Magistrado suplente que en algunos procedimientos no hay nada de nada: no hay prueba contundente de ningún tipo y la prueba biológica no se acaba practicando, y entramos en una ratonera que no sabemos cómo salir.

Las pruebas biológicas de la filiación tienen características propias, son pruebas periciales que se han de practicar con todas las garantías a través de Departamentos de Medicina Legal de las Facultades de Medicina, Servicios de Hematología o Genética de los hospitales correspondientes, pero plantean una duda sobre qué pasa cuando la prueba biológica no se puede practicar por el rechazo de quien debe realizarla, porque cuando la prueba se practica el juzgador decide conforme a su resultado porque con la prueba de ADN prácticamente se llega a una conclusión del cien por cien, incluso sobre la exhumación de cadáveres fallecidos hace muchísimos años, aconsejando a los abogados que si se sospecha que puedan plantearse asuntos de paternidad recomienden a sus clientes que se incineren los cadáveres rápidamente, o impedir la incineración judicial para que se pueda practicar la prueba.

Si la prueba se practica el pleito está resuelta, pero si no se realiza por la negativa, por la renuencia de la persona que debe someterse a ella, los tribunales siempre buscaron la fórmula para valorar la negativa ya que nunca debería entenderse como una *ficta confessio* sino como un indicio con las que permitieran al juzgador valorar en conjunto con los demás medios de pruebas y estimar o denegar la pretensión.

El problema es que, en ocasiones, no hay otras pruebas adicionales y sólo había pequeños indicios. Se reformó entonces la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 767 dice alguna cosa muy interesante como que la negativa injustificada se valorará como un indicio que sumado a otros indicios permite pronunciarse en un sentido o en otro.

Ello nos lleva a un análisis inicial: si la negativa es injustificada es que pueden existir negativas justificadas y esto es un primer problema para el jurista sobre ¿qué se entiende por una negativa justificada. A lo mejor un estado de salud muy quebrantado que no le permita someterse a ella, pero, no se le ocurre el caso de una persona que esté tan malita de salud que el obtener unas gotitas de sangre le supongan un trastorno superior, pero la jurisprudencia así lo reconoce. Otro ejemplo más sutil, que haya indicios que lleven a pensar que lo que se solicita no tiene fundamento y si eso es así para qué está el principio de prueba que en su día se planteó como una manera de control, lo que hace poner en duda al ponente.

Lo que hace toda la doctrina del Tribunal Supremo, con interpretaciones constitucionales, es dejar a un lado de vulneración de derechos fundamentales del sujeto para no someterse a la prueba biológica que, como sabemos, no puede realizarse coactivamente en nuestro ordenamiento jurídico y está claro que ni lesiona el derecho al honor, ni a la intimidad, no porque no haya lesión

sino porque hay otros intereses de contrario más poderosos, sociales, familiares, de coadyuvar con los intereses de los menores en algunos casos, de que la prueba se pueda practicar.

En resumen, la *ficta confessio* debe ser valorada junto con otros indicios.

La prueba prohibida en los procedimientos de familia. Manuela A. Rodríguez Morán

Manuela Andrea Rodríguez Morán, abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo y Profesora Asociada de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de Oviedo, en su ponencia titulada «La prueba prohibida en los procedimientos de familia» realiza un análisis de la jurisprudencia más reciente acerca de la licitud o ilicitud de pruebas obtenidas en el ámbito familiar, con supuestos eminentemente prácticos que se plantean en su quehacer diario como letrada en ejercicio, teniendo en cuenta la especialidad de estos procesos y la facilidad de obtención de pruebas al alcance de cualquier persona al poder realizarse con un simple móvil.

Comenzando por la grabación de conversaciones telefónicas de los progenitores con sus hijos puede ser considerada prueba lícita si, quien la graba ha sido parte de la conversación, como señala la SAP Asturias 29 de junio de 2018, en un asunto de Modificación de Medidas, aunque lo haya hecho sin autorización del otro interlocutor. Sin embargo, la SAP A Coruña de 25 marzo 2019 declara ilícitas la grabación por la madre de las conversaciones entre el padre y sus hijos, al no haber sido participado en la misma.

GRABACIONES

SAP Asturias 29 de junio de 2018, Secc 6ª, 280/2018, Rec. 193/2018, Ponente: Rianza García, Jaime, LA LEY 114787/2018, ECLI:, ES:APO:2018:2077, en una Modificación de Medidas, FJ 2:

“La grabación por ello de los interlocutores de la conversación no conculca acto alguno impuesto por el art. 18.3, quien graba una conversación de otro atenta, independientemente de toda otra consideración al derecho reconocido en el art. 18.3 CE; por el contrario quien graba una conversación con otro no incurre por este solo hecho en conducta contraria al precepto constitucional citad”

No se considera prueba ilícita el informe de un detective que aporte datos obtenidos en la vía pública, SAP Valencia, 1 de octubre de 2009, por el contrario sí es ilícita cuando se han vulnerado derechos fundamentales, tal como fundamenta la SAP Salamanca de 9 de marzo de 2009, en cuyo FJ 2º razona que no se excluye como prueba ilícita un informe de detectives, a los efectos de acreditar la extinción de una pensión compensatoria por convivencia de la perceptora con tercera persona, sino únicamente dos fotografías acompañadas en el informe, obtenidas en una vivienda, concretamente en el jardín, por estimar que dicho ámbito afecta a la intimidad.

En cuanto a las grabaciones de audios de los hijos menores, la SAP Córdoba 21 enero de 2021 en un procedimiento de Modificación de Medidas en el que se acuerda un cambio de guarda y custodia en favor del padre la declara prueba ilícitamente obtenida.

Llama la atención la declaración de licitud de una prueba psicológica obtenida sin el consentimiento de uno de los progenitores, como realiza la SAP Málaga 19 de diciembre de 2019, en una Modificación de Medidas, que admite un informe psicológico realizado por los Servicios Sociales de un Ayuntamiento aun con la oposición expresa del padre, lo que lleva a la ponente a reflexionar cómo encaja con el artículo 25 del Código Deontológico de los Psicólogos, el artículo 9.3 c) Ley de Autonomía del Paciente del consentimiento informado de los padres y el artículo 156 CC sobre patria potestad compartida exige acuerdo conjunto de ambos progenitores, aun cuando la única excepción son los supuestos de violencia de género.

Nuestros tribunales vienen admitiendo las fotografías de los menores como prueba, como en la reciente SAP Tarragona de 21 de abril de 2021, sin que haya vulneración del derecho a la intimidad, aunque se hayan tomado en unos terrenos rústicos privados argumentando que han sido tomadas muchas ellas desde la lejanía, y donde no se aprecia que este limitado o imposibilitado el acceso.

Mención especial se dedica a la aportación de documental del otro progenitor que se considera ilícita si carece de trascendencia para el objeto de la litis, como la SAP Barcelona de 12 marzo de 2018, que dirimía la pensión compensatoria. Sin embargo, se admite la aportación de cualquier documento que estuviese en el domicilio conyugal. Así, la SAP Coruña 17 junio 2020, admite las pruebas aportadas referentes al pago del alquiler de la vivienda ganancial, reconocimientos de prestaciones a favor de los hijos comunes o certificaciones del IRPF. Claramente es ilícita la documental obtenida después de la entrada en una vivienda sin consentimiento de su titular, por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), SAP Valencia 14 octubre 2004, o si ya ha existido una separación de hecho, pues ante la inexistencia de relación conyugal, se infringe el principio de confianza mutua, recogido en el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el art. 18.4 CE como argumenta la SAP Barcelona, Secc. 18ª, de 21 de enero de 2015.

La jurisprudencia considera lícita la prueba extraída del lugar de trabajo del otro progenitor y, en este sentido, la SAP Tarragona, 15 julio de 2020 en un procedimiento de Divorcio entiende que la aportación de una copia de las agendas del consultorio médico del esposo porque la esposa era empleada de la clínica y tenía acceso a las dependencias y a las agendas; o se admite la documentación económica existente en el domicilio común, como lo hace la SAP Sevilla de 14 de noviembre de 2003 o la muy detallada SAP Barcelona 21 de enero 2015.

Tampoco es prueba ilícita la aportación de extractos bancarios de la parte contraria si puede presumir que tuvo acceso a ellos durante la convivencia, se encontraban en el domicilio familiar y que, por su naturaleza, tienen relevancia en la decisión, según la SAP Sevilla de 1 de junio de 2021, tanto estuviesen en régimen de gananciales, SAP Málaga, de 24 de julio de 2015, o en separación de bienes, conforme a la SAP Córdoba de fecha 27 de marzo 2015.

Otro tema muy interesante resulta el de los informes médicos de la otra parte: no se reputa ilícita la aportación de un informe psiquiátrico y la posterior declaración testifical del psiquiatra cuando el padre padecía trastornos de personalidad y adicción al alcohol ya que había autorizado a la esposa para que le acompañara al psiquiatra, excluyendo con tales actos propios el conocimiento de los datos relativos al trastorno SAP Córdoba de 11 de abril de 2002.

Sí es prueba ilícita por intromisión en el derecho a la intimidad la difusión en el proceso de fotocopias de un diario personal de la otra parte, con la intención de demostrar que padecía trastornos psíquicos que le impedían ejercer la guarda y custodia. STS, Sala 1ª, de 23 de febrero de 2006 y SAP Córdoba, secc. 3ª, de 11 de abril de 2002.

Evidentemente, no se considera prueba ilícita la aportación de las actas del previo proceso de mediación, firmadas por ambas partes y el mediador, por estimar que no ha existido infracción de derecho fundamental alguno ni del deber de confidencialidad, dado que el deber de secreto que alcanza al mediador y a las partes se refiere a las informaciones confidenciales, pero no al acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial, STS, Sala 1ª, de 2 de marzo de 2011.

La SAP Asturias, 28 de febrero de 2013 no considera ilícita ni se considera infringido el derecho a la intimidad, cuando la información se obtiene a través del acceso genérico por buscadores de internet y dicha información tiene incidencia sobre el interés del menor de cara a estimar la oportunidad o no de un sistema de guarda compartida.

¿Y qué pasa con los Whatsapp? La SAP Córdoba de 2 de abril de 2014, admite como prueba la validez de un Acta sobre el contenido de mensajes de Whatsapp extendida por el LAJ o las de un grupo de WhatsApp facilitado por una persona integrante del mismo que hace un pantallazo, como nos dice la SAP de Valencia de 8 de abril de 2016.

¿Qué hacer ante la sospecha de que se hayan eliminado ciertos mensajes dentro de una conversación de Whatsapp? La STS de 19 de mayo de 2015 entiende que será indispensable la realización de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la identidad de su contenido.

La conferenciante, a modo de reflexión final, se pregunta si puede el argumento utilizado en la mayoría de las sentencias del “superior interés del

menor” justificar intromisiones ilegítimas cuando hay cauces procesales suficientes para lograr pruebas sin dichas injerencias y, en segundo lugar, cuáles son los límites al derecho a la intimidad en el ámbito de la pareja o del matrimonio.