

# 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
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 6

### LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (\*)

La Mesa 5 se dedicó a la prueba prohibida en el proceso contencioso administrativo; actúa como moderador José M<sup>a</sup> Roca Martínez, Secretario Académico de las Jornadas, quien anuncia la incorporación de Alejandro Huergo Lora, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo, con un pequeño retraso por encontrarse interviniendo en el XVI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo.

#### Las interrelaciones entre la fase probatoria en vía administrativa y en vía judicial. Jesus M. Chamorro González

En la mesa dedicada a la prueba ilícita en el ámbito contencioso-administrativo la primera intervención corrió a cargo de Jesús M. Chamorro González, Doctor por la Universidad de Oviedo y Presidente del TSJ del Principado de Asturias, y versó sobre las interrelaciones entre la fase probatoria en vía administrativa y en vía judicial.



*Jesús M. Chamorro González  
Presidente TSJ Principado de Asturias*

Reflexiona, en primer lugar, el ponente sobre las particularidades del proceso contencioso que, sin perjuicio del debate entre su carácter pleno o revisionista, nace indudablemente condicionado desde el punto de vista fáctico por la existencia de un expediente administrativo originado en la vía administrativa previa. Se suele afirmar que los jueces de lo contencioso-administrativo son jueces de “derecho” o de legalidad, no jueces de “hechos”, y, efectivamente esto es así en muchos casos, como, por ejemplo, cuando se controla la legalidad de una disposición general o de un instrumento de planeamiento urbanístico, pero el aspecto fáctico si tiene importancia en muchos otros casos sometidos al conocimiento de los jueces de lo contencioso.

Destaca el ponente cómo para tratar el tema de la prueba, sea en vía administrativa o contencioso-administrativa, se ha de acudir a las fuentes

---

\* El resumen de las intervenciones ha sido realizado por Ilda Méndez López.

normativas contenidas en la LJCA y en la LEC que realiza una regulación plena de la prueba y tiene carácter supletorio de la regulación contenida en aquella.

En un procedimiento administrativo no se pueden encontrar diferenciadas las fases de proposición, admisión y práctica de prueba, sino que la prueba se aporta por la propia administración que instruye y aporta documentos, testificales e incluso informes periciales, pero sin un momento claramente definido para ello. También pueden los interesados pedir a la administración práctica de prueba y la negación por parte de esta ha de ser motivada. Considera el ponente que la denegación de prueba en vía administrativa podría llegar a ser objeto de impugnación autónoma en vía contenciosa. En todo este aporte documental resulta posible que se dé la posibilidad de que exista prueba prohibida. No obstante, al ser frecuente que en vía administrativa los interesados actúen sin asistencia letrada, aunque se sospeche que una prueba es ilícita no se suele plantear en este momento, sino en el proceso contencioso, donde ya los interesados intervienen con asistencia de abogado. Insiste el ponente en que una supuesta prueba ilícita se puede poner de manifiesto en la fase administrativa o incluso ser objeto de impugnación autónoma en vía contenciosa, si bien alude a la improbabilidad de que esto ocurra. En el caso que la prueba ilícita sea el único soporte probatorio de la resolución administrativa se podría llegar a acordar la nulidad de pleno derecho de la misma. La alegación de ilicitud de la prueba practicada en el procedimiento administrativo se puede poner de manifiesto en las alegaciones de la demanda contencioso-administrativa, así como articular prueba al respecto.

En varias resoluciones recientes el TS se ha referido a la prueba acopiada por la administración en materia tributaria, mediante solicitudes de autorización de entradas en domicilios para recabar materiales con el fin de regular la situación tributaria de un sujeto, así como en materia sancionadora sobre funcionarios que han sido objeto de grabación mostrando los horarios de entrada y salida de su trabajo para acreditar el incumplimiento de sus obligaciones laborales. Se citan igualmente dos Sentencias del Tribunal Constitucional, dictadas con pocos años de diferencia, en las que se pronunció de forma dispar sobre si las grabaciones a trabajadores obtenidas sin haber sido informados de las mismas, vulneraban o no el derecho a la intimidad.

El ponente se refiere a dos STS de los años 2020 y 2021 en los se trata el tema de las autorizaciones a la administración tributaria al amparo de lo dispuesto en el artículo 113 de la LGT. No existe una atribución competencial ni en la LOPJ ni en el artículo 8 de la LJCA que permita a los juzgados contencioso-administrativos autorizar entradas en domicilios particulares para investigar, sino solamente para ejecutar actos de la administración. Igualmente, entiende que las exigencias que se le hacen en este aspecto al juez contencioso son excesivas, pues se limita a controlar las formalidades del acto administrativo, pero no su contenido, que en la mayoría de los casos ni siquiera es competente para conocer. En definitiva, se solicitan al juez contencioso-administrativo autorizaciones de entradas que ni siquiera son en domicilio de un particular,



como es el caso de entradas en establos para sacrificar animales o solicitud de entradas en fincas en casos de expropiación, dándose la circunstancia de que quien lo insta, a veces, ni siquiera es la administración, sino el beneficiario de la expropiación.

Analiza el ponente otra sentencia de la Sala 3ª del TS de fecha 14 de Julio de 2021. Se trata de un asunto referente a una entrada en un domicilio particular para obtener datos tributarios. Esta sentencia, que tiene un interesante voto particular, se refiere a los hallazgos casuales en el seno de una autorización de entrada, sentando que los hallazgos deben producirse en el seno de una entrada regular. En el caso de la citada sentencia se produce el hallazgo casual de una contabilidad “B” que da lugar al inicio de un nuevo procedimiento para regular la situación de terceros. Esos terceros no eran los titulares de los domicilios en los que se había autorizado la entrada, por lo que la cuestión no es la vulneración del artículo 118 de la constitución, sino del artículo 24 de la misma. Como consecuencia de esta entrada se iniciaron varios procedimientos penales, unos fueron condenatorios y otros con resultado absolutorio, lo que plantea que ocurre con el llamado “principio de unidad de jurisdicción”, esto es, si una jurisdicción, como por ejemplo la penal, puede entender que las entradas son legales o no y esto vincula al resto de las jurisdicciones. Dicha cuestión es objeto de tratamiento en el voto particular de la sentencia comentada.

Termina el ponente reflexionando sobre la necesidad de que la jurisprudencia siga avanzando en el tema de la prueba ilícita, si bien lo está haciendo, no tanto en la vía administrativa, sino en la contencioso-administrativa; corresponde al legislador realizar un tratamiento más claro de esta materia, especialmente, en materia tributaria, donde frecuentemente se dilucidan cuestiones de gran enjundia económica, teniendo en cuenta que los tribunales de la instancia no examinan tanto cuestiones de legalidad como la Sala 3ª del TS, sino cuestiones fácticas ante las que se encuentran carentes de instrumentos.

### **La prueba prohibida. Cuestiones teóricas y prácticas en el proceso contencioso-administrativo. Ilda Méndez López**

La segunda ponencia de la mesa sobre la prueba ilícita en el ámbito contencioso-administrativo es desarrollada por Ilda Méndez, Letrada de la Administración de Justicia y Doctora por la Universidad de Oviedo de la que es profesora asociada de Derecho Procesal desde hace tres décadas; su intervención versó sobre cuestiones teóricas y prácticas de la prueba ilícita en la jurisdicción contencioso-administrativa.



Ilda Méndez López  
Letrada de la Administración de Justicia y  
Asociada de Derecho Procesal (UNIOVI)

La ponente comienza haciendo una reflexión sobre la escasez de normativa en materia probatoria en la LJCA, que tan solo dedica dos artículos a su regulación, debiendo acudir de manera supletoria a las disposiciones de la LEC. Igualmente, se hace referencia a la cuestión terminológica ya suscitada por otros ponentes sobre la diferencia entre prueba ilegal del art. 283 LEC, sobre la que el juez debe hacer un control antes de pronunciarse sobre su admisibilidad y la llamada prueba ilícita o

prohibida regulada en el art. 287 LEC.

El problema no sería excesivamente grave si los procedimientos civiles y los procedimientos contenciosos fueran similares, pero no es así. Aunque en ambos órdenes jurisdiccionales existen procedimientos ordinarios y procedimientos especiales, simplemente observando los procedimientos ordinarios civiles, el juicio ordinario y el juicio verbal civil, en relación con los ordinarios contencioso-administrativos, el juicio ordinario y el procedimiento abreviado, se ve que tiene en común muy poco. En concreto, el ordinario civil y el ordinario contencioso sólo se parecen en el nombre, no así en su estructura y diseño procedimental.

Como la regulación de la prueba en el proceso contencioso-administrativo tiene que beber de la fuente de la LEC, igual ocurre con la ilicitud de la prueba en el orden contencioso: la única norma aplicable para su denuncia y tratamiento procesal es el artículo 287 LEC.

Se procede, seguidamente, a analizar el contenido del artículo 287 LEC.

En primer se aborda su naturaleza jurídica, planteando si se trata de un incidente de previo pronunciamiento o de especial pronunciamiento. Los de previo pronunciamiento tiene carácter suspensivo y son resueltos por el juez en resolución independiente, como por ejemplo la declinatoria, mientras que los de especial pronunciamiento no son suspensivos y se resuelven en sentencia, antes de entrar en el fondo del asunto. La conclusión es que no pertenece ni a una ni a otra categoría, ya que se trata de un incidente especial, diseñado ad hoc para la denuncia y tramitación de la ilicitud probatoria.

Otra cuestión a tratar es la de los sujetos legitimados para promover este incidente. El artículo 287 legitima a quienes sean parte y al órgano jurisdiccional de oficio.

En cuanto al momento procesal oportuno para promover el incidente, es a partir de que se admita la prueba, siendo por tanto una actuación procesal a

realizar en cuanto se tenga conocimiento de la posible ilicitud, pero siempre posterior a la admisión de la prueba.

En el proceso civil no existen mayores problemas, puesto que hay un momento procesal oportuno, tanto en el juicio ordinario como en el juicio verbal civil, ambos dominados por el principio de oralidad, de forma que en el juicio ordinario el momento oportuno será la audiencia previa, mientras que en el verbal civil será en la vista o comparecencia. No es sencillo aplicar estas previsiones al ámbito contencioso-administrativo, especialmente, en el caso del juicio ordinario, donde la tramitación es básicamente escrita: la prueba se propone en la demanda y en la contestación y tras ello, el juez dicta un auto admitiendo la prueba; en definitiva, se carece de un trámite oral específico como el de la audiencia previa en el ordinario civil, por lo que la denuncia de ilicitud se deberá realizar por escrito. La dificultad no es tanta en el procedimiento abreviado, donde casi siempre se celebra vista y por tanto, se permite su planteamiento en el acto oral de la misma.

Sobre la tramitación del incidente de ilicitud, tan sólo prevé el 287 LEC que se tramitará con audiencia de las partes y será posible articular prueba sobre este extremo. También en este punto existen notables dificultades para aplicar las previsiones del art. 287 LEC a la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre todo en el juicio ordinario, donde entiende la ponente que se deberá abrir un breve trámite escrito o una comparecencia para permitir a las partes alegar y proponer prueba sobre la ilicitud. No así en el procedimiento abreviado, donde la existencia de la vista permite alegar y probar sin mayores dificultades.

La resolución del incidente de ilicitud en el art. 287 LEC guarda grandes similitudes con la denegación de la prueba en el acto de la vista, esto es, el juez resuelve oralmente y contra su resolución cabe recurso de reposición oral, que se sustancia y decide también de forma oral. Contra la desestimación del recurso de reposición no cabe recurso alguno, salvo reproducir la alegación de ilicitud en el recurso contra la sentencia definitiva. En este punto existe una diferencia con la denegación de prueba, en la que se permite consignar protesta.

¿Cómo se aplican estas previsiones a los procedimientos contenciosos?

En el juicio ordinario, será el juez el que mediante un auto resolverá la posible ilicitud. Contra este auto cabe reposición, que será escrita y no oral y contra la desestimación de la reposición no cabe recurso, como dice el 287 LEC.

En el abreviado contencioso, no hay dificultades, tal como se dijo, por su similitud al juicio verbal civil.

Plantea la ponente la inexistencia de recurso de apelación contra la sentencia, tanto en el caso de los verbales civiles que por razón de la cuantía no superen los tres mil Euros, como en los abreviados contenciosos, donde por la cuantía, está vedada la apelación para aquellos que no superen los 30000 Euros.

Estas reflexiones sobre la aplicación de una norma de la LEC, el art. 287, al ámbito contencioso-administrativo, ha de completarse con la referencia a los procedimientos especiales contenciosos. Los más frecuentes son los procedimientos para la protección de los derechos fundamentales de los arts. 114 y siguientes, que tienen varios sub-tipos no tan frecuentes, como el procedimiento para la garantía de la unidad de mercado o el procedimiento para la protección del derecho de reunión.

También existen otros procedimientos en la LJCA, como es el caso del procedimiento para la disolución de partidos políticos o el procedimiento para declarar la ilegalidad de una disposición general e, incluso, fuera de la LJCA, como es el caso de los procedimientos electorales regulados en la LOREG. Casi todos estos procedimientos están dominados por el principio de sumariedad, hasta el punto de que en alguno de ellos no se prevé prueba o se hace solo como diligencia final.

Se termina invocando la necesidad de que el legislador tome conocimiento de las dificultades y carencias apuntadas en relación a los procedimientos contencioso-administrativos.

### **Intervención de Alejandro Huergo Lora**

Tal y como se anunció al comienzo, Alejandro Huergo Lora se incorporó a la mesa y, con la limitación temporal impuesta por cierto retraso acumulado, apuntó algunas interesantes reflexiones. Comenzó haciendo referencia a la falta de aportación de pruebas por parte de la administración, esto e pruebas que deberían estar en el expediente y no lo están, así como al hecho de que los particulares no aporten prueba en la fase administrativa y sí lo hagan en la vía contencioso-administrativa.



*Alejandro Huergo Lora  
CU de Dº Administrativo (UNIOVI)*

La segunda cuestión apuntada por el ponente fue la relativa a la aportación al proceso administrativo y al contencioso-administrativo de pruebas obtenidas en un proceso penal. Existen pruebas, como es el caso de una intervención de comunicaciones, que se puede obtener en el curso de un proceso penal, pero que no está en manos de la administración la posibilidad de obtenerlas. ¿Hasta qué punto se pueden aportar a un proceso administrativo y a un proceso contencioso-administrativo? Es un tema que se ha planteado entre otros, en materia de dopaje. La administración puede pedir autorización al juez

de instrucción para su utilización y éste la concederá o no en función del principio de proporcionalidad, lo cual evidencia la insuficiencia de la regulación legal.

En tercer lugar, planteó la posibilidad de que la agencia tributaria ceda datos a otras administraciones. La cuestión surgió en varias resoluciones de la Sala 3ª del TS del año 2021, en que la agencia tributaria cedió información tributaria de unos taxistas a un ayuntamiento y este la utilizó para revocarles las licencias. La Sala 3ª entendió que dicha información solo se puede ceder con fines tributarios, pero no con fines sancionadores o de otro tipo. No obstante, se trata de un tema abierto que dará que hablar en el futuro.