

# La prueba prohibida a debate

II JORNADAS INTERNACIONALES  
DE DERECHO PROCESAL



Universidad de Oviedo

**Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín**

Director

**José María Roca Martínez**

Secretario académico

# LA PRUEBA PROHIBIDA A DEBATE

II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal



Universidad de Oviedo



PID2020-114707GB-I00





Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada (by-nc-nd): No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.



Usted es libre de copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, bajo las condiciones siguientes:



Reconocimiento – Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el licenciador:

Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín (director); José María Roca Martínez (secretario académico). (2022).  
LA PRUEBA PROHIBIDA A DEBATE. II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal.  
Universidad de Oviedo.

La autoría de cualquier artículo o texto utilizado del libro deberá ser reconocida complementariamente.



No comercial – No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin obras derivadas – No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

© 2022 Universidad de Oviedo

© OV-PROC Grupo de investigación de la Universidad de Oviedo

Algunos derechos reservados. Esta obra ha sido editada bajo una licencia Reconocimiento-No comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional de Creative Commons.

Se requiere autorización expresa de los titulares de los derechos para cualquier uso no expresamente previsto en dicha licencia. La ausencia de dicha autorización puede ser constitutiva de delito y está sujeta a responsabilidad.

Consulte las condiciones de la licencia en: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.es>

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo

Edificio de Servicios - Campus de Humanidades

33011 Oviedo - Asturias

985 10 95 03 / 985 10 59 56

[servipub@uniovi.es](mailto:servipub@uniovi.es)

[www.publicaciones.uniovi.es](http://www.publicaciones.uniovi.es)

ISBN: 978-84-18482-45-8

# LA PRUEBA PROHIBIDA A DEBATE

## II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal

**Alejandro T. Abascal Junquera**

*Magistrado Audiencia Nacional*

**Laura Álvarez Suárez**

*Doctora y jueza sustituta*

**Julio F. Carbajo González**

*PTU Derecho Civil (UNIOVI)*

**Sonia Calaza López**

*CU Derecho Procesal (UNED)*

**Ana Carrillo del Teso**

*PCD Derecho Procesal (USAL)*

**Luis A. Cucarella Galiana**

*CU Derecho Procesal (UVA)*

**Jesús M. Chamorro González**

*Presidente TSJ Principado de Asturias*

**Xulio Ferreiro Baamonde**

*PTU Derecho Procesal (UdC)*

**Carlo Vitorio Giabardo**

*Doctor, investigador (UdG)*

**José Carlos Gómez de Liaño Polo**

*PTU Derecho Procesal (UNIOVI)*

**Ignacio González del Rey Rodríguez**

*CU Derecho del Trabajo (UNIOVI)*

**Jesús Miguel Hernández Galilea**

*PTU Derecho Procesal (UNIOVI)*

**Alejandro Huergo Lora**

*CU Derecho Administrativo (UNIOVI)*

**Concepción Iglesias García**

*PTU Derecho Procesal (UNIOVI)*

**Marcos Loredó Colunga**

*PTU Derecho Procesal (UNIOVI)*

**Renato Machado de Souza**

*Doctor, Director Acuerdos Lenidad (Brasil)*

**Ilda Méndez López**

*Doctora, LAJ y Asociada (UNIOVI)*

**Antonio del Moral García**

*Magistrado Tribunal Supremo (2ª)*

**Isabel Nuques Martínez**

*Notaria (Ecuador)*

**Luis Pérez Fernández**

*Abogado ICAO y asociado (UNIOVI)*

**Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín**

*CU Derecho Procesal (UNIOVI)*

**José Luis Rebollo Álvarez**

*Abogado ICAO y asociado (UNIOVI)*

**Amparo Renedo Arenal**

*PCD Derecho Procesal (UNICAN)*

**José María Roca Martínez**

*PTU Derecho Procesal (UNIOVI)*

**Nicolás Rodríguez-García**

*CU Derecho Procesal (USAL)*

**Manuela Andrea Rodríguez Morán**

*Doctora, abogada ICAO y asociada (UNIOVI)*

**Julián Sánchez Melgar**

*Magistrado Tribunal Supremo*

**Gabriel Yovany Suquí Romeral**

*Doctor, profesor UT Machala (Ecuador)*

**Ernesto Tuñón Oyón**

*Abogado ICAO*

## INDICE

INDICE .....	7
PRESENTACIÓN .....	9
INAUGURACIÓN.....	11
MESA 1	
LA PRUEBA PROHIBIDA. CUESTIONES GENERALES.....	15
La prueba prohibida a debate. Agustín J. Pérez-Cruz Martín .....	16
Convencionalidad y prueba prohibida. Luis A. Cucarella Galiana .....	18
El elemento subjetivo de la ilicitud de la prueba. La ilicitud cometida por particulares. Amparo Renedo Arenal .....	21
Ausencia de efectos de la prueba prohibida y nulidad de los actos procesales. Jesús M. Hernández Galilea .....	24
MESA 2	
LA PRUEBA PROHIBIDA Y EL TEDH .....	29
Ilícitud probatoria: caso Guateque Falciani y Barbulescu. Alejandro T. Abascal Junquera .....	29
La prueba prohibida aportada por particulares: del TS al TEDH. Ana Carrillo del Teso .....	32
La prueba ilícita en el TEDH: de Schenk a Zherdev. José Luis Rebollo Álvarez .....	35
MESA 3	
LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO LABORAL .....	39
Control empresarial y prueba prohibida. Luis Pérez Fernández .....	39
Últimos pronunciamientos del TS sobre prueba prohibida en el proceso laboral. José María Roca Martínez.....	42
MESA 4	
LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO CIVIL.....	45
Necesidad de la prueba civil. Proposición y admisión. Anticipación y aseguramiento. Sonia Calaza López .....	45
La prueba en los procedimientos de filiación. Julio F. Carbajo González .....	48
La prueba prohibida en los procedimientos de familia. Manuela A. Rodríguez Morán .....	51
MESA 5	
LA PRUEBA PROHIBIDA: EXPERIENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO .....	55

Prueba prohibida y ética del proceso civil: un enfoque comparado. Carlo Vittorio Giabardo .....	55
La prueba prohibida en Brasil en casos de corrupción. Renato Machado de Souza .....	57
La prueba prohibida en Ecuador. Su revisión desde la Constitución de la República. Isabel Nuques Martínez.....	59
La prueba prohibida y las investigaciones privadas en la legislación ecuatoriana. Gabriel Yovany Suqui Romero .....	62
CONFERENCIA. Antonio del Moral García	
PRUEBA ILÍCITA: ASPECTOS PROCESALES (FORMAS DE ALEGARLA Y RESOLVERLA EN EL PROCESO) .....	65
CONFERENCIA. Julián Sánchez Melgar	
LA PRUEBA PROHIBIDA: LA SANCIÓN POR COMPORTAMIENTOS ILÍCITOS....	71
MESA 6	
LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.	75
Las interrelaciones entre la fase probatoria en vía administrativa y en vía judicial. Jesus M. Chamorro González.....	75
La prueba prohibida. Cuestiones teóricas y prácticas en el proceso contencioso-administrativo. Ilda Méndez López.....	77
Intervención de Alejandro Huergo Lora.....	80
MESA 7	
LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO PENAL.....	83
Validez y eficacia de las investigaciones internas corporativas. Nicolás Rodríguez-García.....	83
La prueba prohibida obtenida a través de IA. Xulio Ferreiro Baamonde .....	89
Las declaraciones de los menores como prueba preconstituida en el proceso penal. Laura Álvarez Suárez .....	94
ACTO DE CLAUSURA .....	97

## MESA 7

### LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO PENAL (\*)

La séptima y última mesa sobre la prueba prohibida en el proceso penal fue moderada por Concepción Iglesias García, profesora titular de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo, y en ella intervinieron Nicolás Rodríguez-García, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Xulio Ferreiro Baamonde, Profesor Titular de la Universidad de A Coruña, y Laura Álvarez Suárez, doctora por la Universidad de Oviedo, investigadora de la misma y jueza sustituta de los juzgados del Principado de Asturias.



*Concepción Iglesias García PTU  
Dº Procesal (UNIOVI)*

### Validez y eficacia de las investigaciones internas corporativas. Nicolás Rodríguez-García

La primera gran cuestión que se puede afirmar es que estamos ante un tema de máxima actualidad y de no simple solución, al tratarse de un problema jurídico que lejos de lo que suele parecer, no solo tiene que ver con el ámbito penal y con la responsabilidad penal de personas jurídicas y el juego que puedan tener los programas de cumplimiento. Con carácter general, cuando se habla que a todos los niveles debe desarrollarse una cultura de legalidad, de cumplimiento en el marco de una sociedad de riesgos, lo que nos damos cuenta es que una herramienta jurídica o una dinámica nueva, no solo tiene que ser estudiada en ese campo.



*Nicolás Rodríguez-García  
CU Dº Procesal (USAL)*

Vamos a ver exactamente dónde estamos colocados, qué lecciones aprendidas podremos extraer.

Una primera cuestión clara y básica, es que muchas de las cuestiones que voy a plantear, recordar o poner en tela de juicio, han surgido en el campo del derecho privado o en la resolución de conflictos en ese ámbito, y transitan hacia el ámbito del derecho público, en general hacia las organizaciones

---

\* El resumen de las intervenciones ha sido realizado por Concepción Iglesias García.

complejas, por eso la asimilación directa con personas jurídicas no es ni justa ni completa.

En segundo lugar, es un tema complicado, porque es una manifestación de lo que últimamente se llama justicia colaborativa y no solo en el ámbito penal, también en otros ámbitos del derecho, en otros órdenes jurisdiccionales; evidentemente está relacionada con la responsabilidad de las personas jurídicas, pero no solo responsabilidad penal, porque las personas jurídicas se entremezclan en las relaciones a todos los niveles, y ello da lugar a que haya determinadas conductas desde ellas o amparadas con ellas a las cuales hay que atajar, y dilucidar si ha lugar a exigir responsabilidades, inclusive a delinear políticas que permitan la prevención de comportamientos.

También es complicado, porque en la ejecución de lo que son estas investigaciones internas hablar a día de hoy de canales de denuncia, de la famosa directiva de *Westernblower* que teníamos que haber implementado antes de finalizar el año 2019, nos damos cuenta, que cuando se entremezcla con el sistema penal, hay un posicionamiento común de que estamos ante una clara manifestación de la privatización de la justicia penal. Pero claro, cuando hablamos de la privatización de la justicia penal y de estas nuevas técnicas, herramientas o dinámicas nos damos cuenta de que muchas veces están metiendo procesos, procedimientos, redefinición de actores, con la política del palo y la zanahoria.

Hablamos de implementar a todos los niveles una cultura de legalidad, se nos dice que somos autónomos e independientes para establecer todo ese marco regulatorio, todos los procedimientos y seguimientos; pero luego se nos dice si no cumplimos, cuáles son las consecuencias directas, en ocasiones no poder beneficiarnos de algunos premios, de algunos beneficios, de algunas manifestaciones de Justicia premiada.

Y el cuarto elemento por el cual estamos ante un elemento absolutamente complicado dentro de la novedad que puede representar en los últimos 15 o 20 años, es que España como otros países, ha sido víctima o está siendo víctima de lo que algunos llaman y yo utilizo, “macdonaldización de la justicia”, del ordenamiento jurídico también aquí, porque se introducen pautas de procedimientos, de criterios, de sujetos, de roles que vienen básicamente de países anglosajones y que si hacemos un análisis crítico chirrían un poco con lo que es nuestra tradición jurídica, nuestros principios, nuestros derechos, nuestras garantías. Por lo tanto, es importantísimo ese proceso de implementación, no solo desde el punto de vista sustantivo y orgánico, sino también desde el punto de vista procesal.

Como segundo tópico que yo les quería señalar es que hablar de investigaciones internas, de canales de denuncias, de protección, y en general de esa cultura de legalidad que se trata de asentar, además de ser una materia complicada, es una materia en la cual todos los países, actores y todos los



sujetos tienen que hallar puntos de equilibrio y que en todos ellos haya un diálogo armónico, porque cuando se habla de esa cultura de prevención, de sistemas de alerta identificadas las zonas de riesgo etc., estamos ante determinadas herramientas, patrones o instrumentos que sirven no solo para eventualmente dilucidar responsabilidades de todo tipo sino también, para prevenir un conjunto grandísimo de actos que en ocasiones pueden ser regulares, en ocasiones pueden ser ilegales, y solo en algunos casos son ilícitos. Por lo tanto, lo que estamos haciendo es crear unas dinámicas para deflacionar nuestro sistema de Justicia, insisto lo más significativo el penal, pero no olvidemos que cuando se habla de esta materia se ha empezado a trabajar si en penal, pero también en materia de medio ambiente, tributaria, de competencia desleal etc. Estamos ante una forma de trabajo que se está irradiando sobre todo el ordenamiento jurídico, claro ese punto de equilibrio también requiere que sepamos qué relación se establece entre el derecho procesal, sus instituciones, sus tradiciones, sus procedimientos, sus normas y códigos con otras muchas ramas del ordenamiento jurídico. Por supuesto con el derecho penal, pero también con el derecho laboral, administrativo, civil, mercantil, y tributario, tomando siempre como punto referencial básico el marco constitucional porque no olvidemos que cuando hablamos de esta materia e insisto estoy aterrizando y llegando a las investigaciones internas van a estar en juegos derechos como la dignidad, la intimidad y el secreto de las comunicaciones e incluso, desde el punto de vista de cuando se dilucidan esas responsabilidades con relación al derecho a no declarar contra sí mismo.

Otro punto de equilibrio básico y fundamental que se nos plantea, es cómo logramos combinar el interés general, el interés de una organización compleja, de una empresa donde hay accionistas, directivos o empleados, con el interés de terceros sujetos como proveedores o clientes, podrán entender que con esa concentración de sujetos pero con una concentración de derechos, de intereses, de inquietudes, de estrategias procesales defensivas, estamos ante una concurrencia de fuerzas centrífugas y centrípetas con lo cual poner orden no es absolutamente nada fácil.

Pero también el punto de equilibrio tiene que venir entre la legislación nacional y la supra nacional y la internacional yo les he hablado antes de pasada, de la directiva 2019 sobre protección de alertadores, tenemos un marco normativo, España ha asumido compromisos, entre otros está la Unión Europea, pero también tiene suscritos convenios internacionales con Naciones Unidas, con el Consejo de Europa y con otros organismos internacionales, que en ocasiones se utilizan como marco justificativo para algunas reformas internas nacionales, les recuerdo las reformas del Código Penal del 2010 y del 2015 o el cambio en las normas procesales del año 2015, donde el legislador español dice que con ello está cumpliendo los compromisos internacionales asumidos con todos esos organismos y a veces esos organismos y esas herramientas jurídicas dicen cosas distintas a las que se nos están vendiendo, pero luego nos damos cuenta ¿cuándo se cumplen esas obligaciones?, ¿cómo se cumplen esas

obligaciones?, ¿lo hacemos de una manera leal?, porque insisto España es uno de los 3 países de la Unión Europea que ahora mismo tiene bandera roja de la Unión Europea por no haber traspuesto la directiva en materia de alertadores.

El punto de equilibrio también tiene que venir porque en toda esta materia no bastan solo las normas, el papel que hace la Sala Segunda del Tribunal Supremo fundamentalmente, pero no solo con la sentencia, sino también con los votos particulares, el cambio brutal que ha habido desde 2010 hasta ahora insisto con relación a ellos y por qué no decirlo también con otros actores fundamentales como la Fiscalía General del Estado con esas instrucciones que todos conocemos en esta materia.

El tercer punto que les quiero destacar, en este escenario es que podríamos pensar fácilmente que estamos ante una materia minada de problemas, que nos va a obligar a posicionarnos, a dilucidar y en lo cual no estamos solos como ordenamiento jurídico español, sino también con relación a algunos otros. ¿Por qué? : primera cuestión pareciera que estamos ante un sistema ,una dinámica, unas pautas o unos procedimientos que se aplican solo a delitos complejos, a delitos graves transfronterizos, y con dimensión pública si nos referimos al sistema penal, pero claro enseguida nos surge algunas preguntas ¿el estado está reconociendo su incapacidad para combatirlos o para prevenirnos?, ¿el estado puede desplazar su responsabilidad en el control de esas conductas lesivas al sector privado o a los colegios profesionales ?, porque si hablamos de investigaciones internas estamos hablando de algo distinto a lo que hace el Estado a través de Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado o con el Ministerio Fiscal o con los Órganos Jurisdiccionales, por lo tanto estamos creando un sistema paralelo que viene a satisfacer determinadas necesidades por la insuficiencia o la ineficacia de las instituciones más ordinarias, más organizadas y que arrancan de la Constitución. ¿En toda esta nueva arquitectura dónde está y dónde tiene que estar el derecho procesal? pero no como una cuestión de posicionamiento sino con esos principios, con esos valores, con esos raciocinios, porque al final parece que todo vale, cualquiera puede hablar de cualquier cosa.

Un segundo paquete de conceptos cuando hablamos de investigaciones internas y en general con la cultura de cumplimiento y con todo lo que ello se deriva, es que esta materia está regada de conceptos jurídicos indeterminados: se habla de idoneidad ,de suficiencia, de ser bastante eficaz, grave, adecuado, seguro; por lo tanto caso a caso se va casi en una labor de carpintería diciendo lo que el legislador no ha dicho, o lo que no ha querido decir, o lo que no sabía o lo que le ha dado miedo, o lo que no sabe, claro tendríamos que pensar que un campo exploratorio como este, sobre la base de estar enjuiciando a ciudadano, a personas jurídicas es una materia yo creo un poquito riesgosa, más en un estado de derecho. Pero también cuando hablamos de los sujetos intervinientes, porque en este nuevo marco pues sí, hay policías, fiscales jueces, pero aparecen representantes especialmente designados, oficiales de cumplimiento, investigadores internos, certificadores, peritos y además algunos

otros viejos actores como los abogados están redefinidos ¿todos los abogados son iguales? ¿los abogados de empresa, los abogados externos? ¿los derechos, las delimitaciones son exactas o no? ¿la confidencialidad del secreto profesional?

Les abro el mapa de las cuestiones a estudiar, pero incluso estamos ante una materia absolutamente tecnicada y especializada que requiere de formación, de reciclaje ,de uniformización, por eso están las empresas certificadoras y ello demanda tiempo y costes, cuando justamente el leitmotiv de muchas de las reformas y están en Exposiciones de Motivos es que no tenemos tiempo, el sistema está colapsado, no tenemos recursos suficientes, por lo tanto nos damos cuenta que estamos ante un movimiento ,ante una oscilación que en ocasiones no sabemos hacia dónde nos lleva, y claro tenemos que ser conscientes que en estas nuevas dinámicas concurren elementos exógenos que sobre todo los aplicadores del derecho van a tener que tomar en consideración, por lo tanto ya no estamos ante un Tribunal, ante unos jueces que tienen que resolver con los cánones, patrones o con las inercias de antaño . Ahora hay que hablar y tomar en consideración el daño reputacional, el futuro de actividad empresarial, los derechos de los trabajadores, el tamaño de la empresa, por lo tanto, en la mochila tienen no solo la complejidad de asuntos grandísimos sino una concurrencia de intereses que van a tener que ponderar y que llevan a que en ocasiones muchas de las instituciones haya que flexibilizarlas, matizarlas etc.

Podríamos pensar, bueno, hay países más avanzados, yo les hablaba de los anglosajones, pero nos damos cuenta que cada país hace lo que puede sobre ese marco regulatorio general, que no hay modelos, y que pese a que pueda haber denominadores comunes no existe un patrón común que permita hablar de familias jurídicas, de modelos de experiencias, de éxito en esta materia, sino que aisladamente vamos tomando de unos y de otros.

Al final ¿ dónde queda la seguridad jurídica? porque claro en esa labor de albañilería que a diario hacen en la Sala Segunda del Tribunal Supremo en una materia tan difusa, tan complicada, se hace lo que se puede ,pero bueno pues algo esperable y sobre todo si hablamos del sistema penal, es complicadísimo y claro nos podríamos hacer la pregunta incluso si hablamos desde el punto de vista de los datos, de los resultados ¿y todo esto para qué? porque se nos dice que se inserta una cultura o una dinámica para tratar de prevenir, para tratar de resolver muchos de los conflictos, para depurar responsabilidades ,pero al final ¿cuántas sentencias de condena se dictan en esta materia?, evidentemente los números están empezando a crecer ,pero desde que estas nuevas dinámicas se establecieron en el 2010 ¿dónde estamos?¿ cuánto se tarda en dictar y en ejecutar? y ¿de qué manera se hace? ¿son el resultado de un juicio completo? pensemos no solo en España, sino lo que sucede en otros muchos países, donde el análisis de reformas del calado como la que estoy diciendo, pone en jaque a todo el ordenamiento jurídico.

Pero incluso más ,en se análisis crítico, en esas preguntas podemos decir ¿a costa de qué derechos y garantías constitucionales ? porque yo les he hablado de que el marco constitucional es básico y fundamental, que se dirime no solo en el orden jurisdiccional penal, sino que en esta materia cuando hablamos de investigaciones internas, cuando hablamos de canales de denuncia, cuando hablamos de reportes, cuando hablamos de sistemas de alerta, entra también por ejemplo muy fundamentalmente el derecho laboral.

Y claro pensando en el futuro ¿hasta cuándo esta política del palo y zanahoria? es decir, ¿podemos vislumbrar un momento en el cual los números que pudieron justificar una reforma no se den y tengamos que cambiar de patrones de actuación? ¿ por qué les digo esto? porque también uno, si lee literatura de Estados Unidos, se da cuenta que este modelo que se viene ensayando durante muchos años, está en regresión o en replanteamiento claro o en matización e incluso nos damos cuenta que esa famosa Directiva del Westernblower trata de asentar una cultura, pero por cuestiones de organización de costes absolutamente, empieza ya a marcar determinadas limitaciones: empresas por encima de 50 trabajadores, por lo tanto aquí sí, como en otras cosas el tamaño importa, por lo tanto estamos hablando de una cultura ¿para cuántos? ¿ para quién? ¿ en qué momento? y fíjense que en última instancia lo que nos podemos plantear es¿ hasta dónde pueden ceder las instituciones en la investigación, en la fijación y en la exigencia de responsabilidades? hablamos de investigaciones internas sí, pero cuando sucede al interior de las organizaciones, a resultas de un canal interno o a resultas de reportes por distintas vías ¿quién puede investigar? muchos plantean que solo los investigadores privados, depende de los oficiales de cumplimiento, tiene un papel fundamental los abogados un rol distinto ,si es un abogado externo para que el blindaje por esos derechos inherentes al derecho de defensa sean muchísimo más fuertes ¿Y con qué controles y con qué garantías? o inclusive ¿se establecen limitaciones distintas por normativa en materia de transparencia, de Protección de Datos? , ¿al final ¿qué nos vamos a encontrar?.

En todos estos temas están las investigaciones internas que están incentivadas, porque si existen, funcionan, son eficaces y eso se puede justificar, puede determinar una minoración en las responsabilidades, en el caso español en las responsabilidades penales ,pero nos damos cuenta que es una materia ,que está desregulada, que se plantea en un marco general de prevención, pero desde un punto de vista concreto de actuación, desde un punto de vista al menos yo así lo veo y así lo estudio con una connotación muchísimo más reactiva, donde tiene un papel fundamental el abogado, pero claro el abogado en relación y en ese diálogo que planteaba con esos otros sujetos, es una materia en la cual se van a suceder documentos, *entrepistas*, interceptación de comunicaciones, equipos de vigilancia, seguimiento, localización imagínense la literatura que hay doctrinal ,jurisprudencial la volatilidad en esta materia cuando vamos cogiendo todos y cada uno de sus elementos, incluso podemos decir compartimentos estancos . Fíjense que deslindar es absolutamente complicado, eso genera

tensión con derechos fundamentales, pero digo dos cosas ¿dónde quedan los derechos fundamentales? porque digo esto, porque tenemos que tener perfectamente claro que la relación que se establece entre el Estado con los ciudadanos no puede ser la misma relación que se establezca entre una determinada organización, una determinada estructura, pensemos en una empresa. Por lo tanto, no estamos hablando de lo mismo, y no hablando de lo mismo tenemos un problema.

Termina su intervención diciendo y ¿quién paga toda esta fiesta jurídica e institucional? Estamos ante una materia que puede tener elementos muy positivos, que en su construcción teórica podemos decir que podría tener su razón de ser, pero que cuando la bajamos a pie de obra, vemos muchas de las aristas que he planteado y otras que me quedan en el tintero.

### **La prueba prohibida obtenida a través de IA. Xulio Ferreiro Baamonde**

Continuó la mesa con la intervención de Xulio Ferreiro Baamonde, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de A Coruña y decano de su Facultad de Derecho.



*Xulio Ferreiro Baamonde  
PTU Dº Procesal (UDC)*

En su opinión, también en este caso estamos ante una problemática que ofrece casi más dudas que certezas; podemos preguntarnos ¿por qué?, pero también ¿cómo?, e incluso ¿el qué? El terreno es sumamente pantanoso desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de la certeza e incluso de la comprensión de algunas de las cuestiones que se suceden al hilo de la IA.

Son cuatro los objetivos que se plantea:

Primero explicar un poquito de qué hablamos cuando hablamos de inteligencia artificial y diferenciar tres conceptos tan unidos entre sí como el Big Data, los algoritmos y la inteligencia artificial.

Trazar algunos ejemplos de cómo se está utilizando ya la inteligencia artificial en el proceso penal, no estamos hablando de ciencia ficción, estamos hablando de cosas que están pasando ya, que están utilizándose y que incluso en algunos casos tienen aplicación jurisprudencial.

La implicación de la inteligencia artificial y de su uso en el proceso penal para los derechos fundamentales, evidentemente como presupuesto para hablar de prueba prohibida, de que se puede o no se puede, tenemos que saber cómo afecta esto a nuestros derechos fundamentales.

Y por último ¿todo esto en el proceso como lo resolvemos? que es el kit de la cuestión, no el único, pero que nos va a importar mucho y sobre el que sinceramente a día de hoy tengo muy poca idea de cómo resolver e intentaré explicarlo.

### Inteligencia artificial y proceso penal

La inteligencia artificial es una combinación de tecnologías que agrupa datos, algoritmos y capacidad informática, estamos hablando de máquinas, por tanto, software también hardware que, a través de un objetivo de adquisición, análisis e interpretación y estructuración de estos datos, por lo tanto, el *Big Data* vamos a ver que es muy importante aquí, analizan toda la información y ofrecen decisiones o se toman decisiones, que pueden ser de muchos tipos.

Podemos hablar de inteligencia artificial, desde el coche autónomo que está controlando todos los datos de la circulación para tomar decisiones sobre si frenar, acelerar, torcer a la derecha o a la izquierda, podemos hablar de la aplicación del *Spotify* en nuestros teléfonos que analiza nuestros gustos musicales y los gustos musicales de las personas que han escuchado las mismas canciones que nosotros y nos ofrece también decisiones en forma de sugerencias, de escucha etc., y cómo esto mil cosas que todos los días cada vez que abrimos el teléfono móvil está funcionando: el *Google*, todas las ofertas de compra, el Amazon, esto es una parte importantísima de la economía actual y evidentemente esto va a tener también implicaciones en el proceso.

Por tanto, dos conceptos relacionados importantes, el *Big Data* o los macrodatos: recopilación, análisis, y acumulación constante, de grandes cantidades de datos procedentes de diferentes fuentes y objeto de tratamiento automatizado mediante algoritmos informáticos etc. El *Big Data* es una nube de datos que tiene diversos orígenes y que, a través de los algoritmos, que son esas ecuaciones matemáticas diseñadas por programadores, pero que cobran vida propia; van a ser estructurados y analizados, se van a derivar datos secundarios de estos datos primigenios sobre los que todavía podemos pensar que tenemos algún control, Spoiler no tenemos ningún control, es todo ficción. Estos algoritmos van a ser las fórmulas matemáticas encargadas de entrelazar los datos y proporcionar un resultado.

Una serie de cuestiones en cuanto al funcionamiento de los algoritmos que son importantes, primero los datos que se analizan habitualmente van a llevar a que la inteligencia artificial busque correlaciones, esto es importante porque nosotros tendemos a funcionar con un pensamiento científico de causalidad, es decir, pasa esto porque es consecuencia de esto otro; la máquina no analiza en términos de causalidad; la máquina funciona en términos de correlación y por lo tanto no va a detectar cuestiones que a nosotros nos pueden repugnar, por ejemplo si una persona de determinada raza tiene más posibilidad de cometer un delito que otro, esto desde un punto de la causalidad sabemos que no existe, no hay o creemos no hay un determinismo genético para cometer

delitos en función del origen étnico de las personas, pero la máquina seguramente analizara datos y llegara a la conclusión de que hay determinados grupos étnicos que sostiene un tanto por ciento de población carcelaria mayor que otros grupos étnicos, y de ahí la máquina va a deducir que esos grupos étnicos, tienen más posibilidad de cometer delitos, y esto no es baladí desde el punto de vista de los derechos fundamentales, no discriminación, dignidad humana etc.

En segundo lugar tendemos a pensar que si los algoritmos y la fórmula está bien diseñada, si tenemos un programador decente que no meta prejuicios en la máquina, va a funcionar bien, mentira, porque la máquina de inteligencia artificial cobra vida propia, aprende, evoluciona, crea datos nuevos, y más importante todavía, en muchos casos, con las redes neuronales, con las nuevas fórmulas de funcionamiento de la inteligencia artificial, ni el programador, ni el creador o la creadora, ni la propia inteligencia artificial en sí, es capaz de explicar porque toman las decisiones; lo cual es importante desde el punto de vista del control. Nosotros podemos hacer la ficción de que entendemos por qué un juez o una jueza toman decisiones y nos lo explican en su motivación que podrá ser la real, podrá ser formulario etc., pero hay un método de control, que, en muchos casos, con las nuevas fórmulas inteligencia artificial directamente no existe. Dejar esto sentado está bien, porque nos va a permitir tener una discusión sobre la realidad y no sobre lo que pensamos que es la realidad,

#### Aplicabilidad en el proceso de la Inteligencia artificial

¿Cómo podemos aplicar en el proceso la inteligencia artificial? no hablo de ciencia ficción, es decir no voy a hablar del ideal de la inteligencia artificial, de que el ser humano, el usuario le explica a una máquina su problema, esa máquina la traduce, se la explica otra máquina juez, y esa máquina juez logra una decisión, eso no sé si pasará algún día o no, creo que no vale mucho la pena, por lo menos para mí teorizar sobre eso, porque creo que hay problemas más acuciantes que sí están pasando .

Ya existen técnicas de predicción judicial, aplicaciones de inteligencia artificial que facilitan a los abogados y las abogadas herramientas sobre cuántas posibilidades de éxito tiene su caso. Es por ejemplo, *RossIntelligence*, que es una inteligencia artificial creada por IBM que se aplica en muchos despachos de abogados y abogadas de Estados Unidos y que parece ser que ofrece resultados entre el 70 a 80% de fiabilidad ; hay experimentos de inteligencia artificial sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos, que han llegado a acertar los resultados de las sentencias del Tribunal de Derechos Humanos en un 70% de los casos ,por lo tanto ya está ahí, ya está siendo utilizado .

Las tomas de decisiones judiciales a través de algoritmos, es decir ya hay utilización de esto, por ejemplo el COMPAS que es una máquina inteligencia artificial utilizada en los Estados Unidos, que a partir de datos y de un cuestionario realizado a las personas condenadas, establece una predicción

sobre su posibilidad de reincidencia y ofrece al juez una sanción concreta .Esto está siendo aplicado hoy en día y no sabemos cómo, porque básicamente COMPAS, es una inteligencia artificial privada, que la empresa propietaria nunca ha desvelado el código, no ha desvelado el algoritmo, lo que sí sabemos es qué tipo de preguntas se hacen al reo en estos casos, como por ejemplo cuál es su opinión sobre el sesgo social que tiene el sistema penal, si cree que los pobres van más veces a la cárcel que los ricos y yo no sé cómo la respuesta influye o no a la hora que la máquina tome su decisión, no lo sé yo y no lo sabe el juez .

En Buenos Aires se está utilizando un sistema PROMETEA para asuntos sencillos, donde hay tal vez cierta automaticidad en la toma de decisiones y este es un sistema como el que está trabajando el Gobierno español también para implantarlo o para importarlo, porque está siendo exitoso en Buenos Aires.

Puede ser utilizada también la inteligencia artificial para la tramitación procesal, en el monitorio por ejemplo o en aquellos procesos donde no hay una contestación o donde falta de contestación la decisión es automática, en este caso se trataría de sustituir no al Juez, a lo mejor al Letrado de la Administración de Justicia, que parece dicen algunos que es más sustituible que pues no estoy seguro de ello.

Otras posibilidades, en las reconstrucciones virtuales de hechos se puede y se están utilizando herramientas de inteligencia artificial donde se le meten los datos y después esto acaba en un modelado 3D sobre cómo ha tenido lugar el hecho punible y después el Juez o Jurado decidirá si corresponde o no corresponde con la lo que pasó realmente, pero desde luego la proyección de esa imagen va a provocar un efecto en la convicción judicial

Por poner un último ejemplo por ejemplo el *RisCanvi* es una aplicación que se está utilizando hoy en día en España, concretamente a la administración penitenciaria catalana, donde esta máquina inteligencia artificial decide en muchos casos si conceder o no beneficios penitenciarios a las personas que están cumpliendo penas privativas de libertad, y esto lleva varios años funcionando y dicen que con buenos resultados.

La prueba obtenida a través de la Inteligencia Artificial

¿Qué tipo de prueba puede ofrecer la inteligencia artificial?, ¿cómo puede ayudar la inteligencia artificial a la actividad probatoria en el proceso penal? En primer lugar, repito no estoy hablando de ciencia ficción, sino de cosas que están pasando. Hoy en día, el 80% de los procesos penales incluyen algún tipo de dato electrónico entre el acervo probatorio; evidentemente no todos lo electrónico es inteligencia artificial , un WhatsApp no necesariamente es inteligencia artificial no lo es, pero del WhatsApp se van a derivar muchos datos, porque todo esos datos que vamos mandando por WhatsApp, hay una empresa propietaria del WhatsApp que se encarga de recogerlos, de meterlo en sus bases de datos, de analizarlo y de ponerlo a disposición de terceros que después toman otras decisiones , pues eso lo dejamos ahí y eso evidentemente nos va a afectar



a nuestro derecho de intimidad, a nuestro derecho a declarar, porque nosotros no sabemos cuándo estábamos poniendo una publicación en Facebook, en Twitter o en Instagram sí eso algún día puede ser utilizado en un proceso penal, como un elemento más que analice nuestras tendencias, nuestra ideología y nuestra probabilidad de ser autores de un delito, porque también estamos hablando de términos probabilísticos, de perfiles de etc., cosa que evidentemente nos separa del derecho penal de autor, nos separa del derecho penal democrático .

En principio ¿Cómo introducimos la prueba de inteligencia artificial en el proceso? ¿qué es la prueba de inteligencia artificial? ¿es prueba científica? ya he dicho no exactamente, las reglas del método científico son las reglas con las que funcionan la inteligencia artificial, si las reglas para elaborarla, pero no las reglas de análisis de datos y de conclusiones que ofrecen estas herramientas. ¿Se parecen por ejemplo los informes policiales de inteligencia?, en muchos casos se utiliza como prueba del proceso penal, la narrativa de la de los servicios inteligencia de la policía diciendo cómo están las conexiones entre bandas delictivas etc., esto puede ser una forma automatizada de elaborar ciertos informes. ¿Es prueba pericial? en cuanto analiza datos, utiliza máximas de la experiencia y ofrece conclusiones de datos que el juez no puede analizar por sí mismo, podría ser prueba pericial, en todo caso dado que no hay limitación de medios de prueba en el proceso penal nos da un poco igual como la clasifiquemos, igual no, porque después a la hora de introducirlo en el proceso no es igual, pero bueno vamos a pasar esto por alto. Estamos hablando de instrumentos que no son homogéneos, hay de todo tipo, no es lo mismo realizar una autopsia virtual que realizar un perfil de la posibilidad de reincidencia de una persona; las implicaciones para los derechos fundamentales son diferentes, los métodos, la fiabilidad, todo es muy diferentes. Algunos elementos tenemos aquí como las tecnologías de reconocimiento facial, la valoración de testimonios de testigos, es decir la inteligencia artificial aplicada a la psicología del testimonio, por lo tanto, emitir conclusiones sobre la veracidad o no de las declaraciones dadas por un testigo o una testigo; por ejemplo, Veripol que está siendo utilizado por la policía española por ejemplo para ver si las denuncias que se presentan en comisaría tienen visos de ser cierto. El Clearview es una herramienta que la Unión Europea haya dicho que no se puede utilizar, básicamente se basa en fotos recogidas de múltiples fuentes y que después se meten en esas bases de datos Big Data.

¿Cómo abordamos procesalmente la tutela de los derechos fundamentales en el uso de la Inteligencia Artificial?

Desde luego la forma tradicional de defender los derechos fundamentales en el proceso y de observar la realidad de la prueba en el proceso, salta por los aires con todo esto, porque la privacidad, la no discriminación ,el derecho de defensa la opacidad esto lo hemos visto ,pero normalmente los derechos fundamentales la legalidad ,la jurisdicción, la especialidad, la idoneidad, la necesidad de proporcionalidad de la medida, que es como nos venimos

acostumbrando a trabajar, implica primero que la ley reconoce un medio de prueba, reconoce la posibilidad de limitar derechos fundamentales y que el juez analiza después la idoneidad de aplicar esto en un proceso, esto aquí es imposible. Primero porque no hay ningún tratamiento legal al respecto, porque no todos los métodos de inteligencia artificial son iguales y desde luego porque no hay una posible previsión a nivel legal anterior sobre el uso de una herramienta, lo que hay es intentar ver cómo funciona el algoritmo con carácter previo a la utilización, pero desde luego esto va a necesitar de análisis previos de los sistemas de inteligencia artificial ¿quién va a hacer esos análisis previos? y aquí es muy parecido a lo que Nicolás decía antes sobre la subcontratación del control de los derechos fundamentales en auditorías, en la licitación previa de los sistemas de derechos fundamentales etc. Y mientras el juez no va a poder nunca realizar un análisis de si en el caso concreto o no, se han limitado ilegalmente derechos fundamentales porque no va a tener acceso a los datos, porque no va a ver cómo funciona la máquina y porque nadie va a poder explicárselo y desde luego no de forma sencilla. El Parlamento Europeo lo que está diciendo es, vamos a prohibir determinadas cosas que son muy sensibles para los derechos fundamentales y vamos a limitar otras hasta que sepamos realmente, bien cómo funcionan lo cual creo que no se corresponde mucho con lo que ya está pasando no solo en Europa sino en terceros países.

#### Conclusiones:

Por lo tanto, creo que esto nos va a exigir un replanteamiento de las garantías procesales; actuar con carácter previo mucho más que en el proceso; y desde luego va a desempoderar mucho al juez o la jueza en el proceso concreto al respecto del control de los derechos fundamentales.

Y como ven pocas certezas, pero algunas dudas que en todo caso tampoco en fin son demasiado halagüeñas respecto a la protección de nuestros derechos como ciudadanos y ciudadanas

### **Las declaraciones de los menores como prueba preconstituida en el proceso penal. Laura Álvarez Suárez**

Interviene, por último, Laura Álvarez Suárez, doctora por la Universidad de Oviedo, Investigadora en el Área de Derecho Procesal y Jueza Sustituta de los juzgados del Principado de Asturias.



*Laura Álvarez Suárez*

*Doctora por UNIOVI y jueza sustituta*

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la Violencia (en adelante, LOPIIAV), introdujo bastantes novedades en nuestra longeva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (LECrim), una de ellas fue el establecimiento de

la práctica de la declaración de los menores de catorce años como prueba preconstituida en la fase de instrucción del proceso penal (ex artículo 449 ter LECrim).

La finalidad de esta reforma responde esencialmente a dos motivos, el primero, evitar la victimización secundaria de los menores que no tendrán que volver a repetir su declaración en el plenario, salvo supuestos tasados. Y el segundo, garantizar la calidad de las declaraciones de los menores edad, ya que las mismas no se verán menoscabadas por el lapso de tiempo que transcurre entre la comisión del delito y la celebración del juicio oral, lo que sabemos que puede dilatarse bastante en el tiempo. Esta pauta ya fue seguida precedentemente por el legislador español en el año 2015 cuando aprobó el Estatuto de la Víctima del delito que, en su artículo 26.1, establece que cuando las víctimas sean menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección “las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio”.

El artículo 449 ter LECrim, en su apartado dos, establece que para la práctica de las declaraciones de menores de catorce años el Juez o Tribunal “podrá acordar que la audiencia se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba”. Para ello, las partes deberán trasladar a la autoridad judicial las preguntas que consideren oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad se las proporcionará a los expertos para que se las efectúen al menor. Una vez concluida la audiencia del menor, las partes pueden solicitar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. No cabe duda de que, se trata de una disposición muy adecuada para proteger a los menores, salvaguardando su interés superior.

Para llevar a cabo la previsión del artículo 449 ter LECrim, apartado dos, los Jueces y Tribunales precisan de una Cámara Gesell. Dicha cámara es una habitación dividida en dos por medio de una pared tabicada que tiene una apertura donde está incrustado lo que de un lado se ve como un vidrio y del otro como un espejo. En el primer espacio se encontraría el menor con el psicólogo y con el trabajador social para que le efectuaran las preguntas que les traslade el Juez, dicho espacio debe estar ambientado para que el menor se sienta lo más cómodo posible (con lápices, folios, juguetes, etc.). En el segundo espacio deberían estar observando el Juez, el Fiscal y los Letrados de las partes.

Desafortunadamente, muy pocos Juzgados cuentan con una Cámara Gesell por lo que nos encontramos ante la tesitura de que, en muchas ocasiones, aunque los Jueces y Tribunales consideren que la mejor forma de preservar el interés superior del menor es a través de la posibilidad que les brinda el apartado dos del artículo 449 ter LECrim, no podrán llevarla a cabo por falta de medios...