

PROCESOS Y PRUEBA PROHIBIDA

José María Roca Martínez

Director

LAURA ÁLVAREZ SUÁREZ

SONIA CALAZA LÓPEZ

ANA CARRILLO DEL TESO

LUIS A. CUCARELLA GALIANA

JESÚS M. CHAMORRO GONZÁLEZ

ANTONIO DEL MORAL GARCÍA

XULIO FERREIRO BAAMONDE

CARLO VITTORIO GIABARDO

RENATO MACHADO DE SOUZA

ILDA MÉNDEZ LÓPEZ

LUIS PÉREZ FERNÁNDEZ

AGUSTÍN J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN

JOSÉ LUIS REBOLLO ÁLVAREZ

MARÍA AMPARO RENEDO ARENAL

JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ

NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA

MANUELA A. RODRÍGUEZ MORÁN

JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR

GABRIEL SUQUI-ROMERO

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos



© de los textos, las personas autoras

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91544 28 46 - (+34) 91544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1122-515-1
Depósito Legal: M-22305-2022

ISBN electrónico: 978-84-1122-575-5

Preimpresión:
Besing Servicios Gráficos, S.L.
besingsg@gmail.com

PRÓLOGO

Preludio de la presente publicación fueron las II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal, La prueba prohibida a debate, celebradas en Oviedo, los días 3 y 4 de febrero de 2022. Lo allí debatido quedó reflejado con la publicación, a modo de actas, de la crónica de las mismas¹; presentamos ahora esta obra colectiva, más completa y elaborada, con la que, aparte de rendir cuentas, nos incorporamos al debate sobre un tema siempre de actualidad, polémico, complejo y, a menudo, multívoco, con la aspiración de colaborar a incentivarlo.

A rendir cuentas nos obliga el hecho de que, como grupo de investigación acreditado de la Universidad de Oviedo “Estudios de Derecho Procesal (España, Europa e Iberoamérica) –Verum in iudicium– (OV-PROC)”, hayamos asumido el compromiso de desarrollar el Proyecto I+D+i «Proceso y Prueba prohibida» (PID2020-114707GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, con vigencia desde el 1 de septiembre de 2021 hasta el 30 de agosto de 2024, cuyo IP es Agustín J. Pérez-Cruz Martín. La presente publicación ha sido financiada con cargo a dicho proyecto y en trece de los diecinueve trabajos los autores son integrantes del mismo.

Si por algo ha de caracterizarse la investigación jurídica es por la necesidad de polemizar; sin polémica, sin debate, sin contradicción, como dejó dicho CARNELUTTI, difícilmente saltará la chispa de la verdad. Y es que, en tema tan sinuoso, el edificio ha de construirse sobre bases conceptuales sólidas, sin las cuales, el riesgo de derrumbe, tarde o temprano, será una realidad. Por todos es conocido el origen jurisprudencial de la prueba prohibida (en España a partir de la STC 114/1984), y no menos sabido es que su regulación legal es mínima, habiendo quedado en manos de los tribunales su desarrollo. La flexibilidad que ello proporciona colisiona con la, a menudo, merma de la seguridad jurídica. Ese desarrollo jurisprudencial ha permitido la adaptación al caso concreto, como manifestación del contenido esencial de la función jurisdiccional (la determinación del derecho para el caso concreto de la que habló SERRA DOMÍNGUEZ). De haber dispuesto de una regulación legal detallada, las idas y venidas del TEDH (Barbulescu I y II, López Ribalda I y II) habrían dado lugar a un sinfín de reformas y contra reformas. Ello no ha sido necesario, pero a cambio se ha pagado el

¹ *La prueba prohibida a debate. II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal*, (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. director, ROCA MARTÍNEZ, J. M^a, secretario académico), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo. Se puede consultar en el Repositorio Institucional de la Universidad de Oviedo (<https://digi-buo.uniovi.es/dspace/handle/10651/62660>).

precio de la inseguridad; alto precio para el justiciable que difícilmente alcanzará a comprender por qué supuestos similares (a veces idénticos) obtienen soluciones distintas (a veces opuestas).

En modo alguno puede perderse la *frescura* que proporciona la jurisprudencia, pero va siendo hora de construir una teoría general de la prueba prohibida y de trasladarla al ámbito legislativo; el lector podrá comprobar que tal aspiración es objetivo común de la mayoría de los autores. El reto es de suma dificultad, pero irrenunciable al mismo tiempo.

Y en esta tarea estamos. Para ello, nos hemos reunido profesores, magistrados y abogados de muy diversa procedencia, con el objetivo común de avanzar desde la diversidad hacia la unidad, desde lo particular a lo común. Porque no se pueden negar las singularidades propias de cada tipo de proceso y de cada orden jurisdiccional, pero su estudio puede servir para aprehender lo esencial y progresar hacia la construcción de la teoría general de la prueba prohibida.

Hemos estructurado el libro en seis secciones.

La primera sección, “Derecho internacional y comparado”, agrupa cinco trabajos, comenzando con el realizado por Luis-Andrés Cucarella Galiana, doctor en Derecho por las Universidades de València, de la que es catedrático de Derecho Procesal, y degli Studi di Bologna. Su estudio nos aproxima a la dimensión convencional o supranacional de la prueba prohibida, prestando atención a cuestiones relacionadas con la investigación y enjuiciamiento de los delitos contra la comunidad internacional que son de competencia de la Corte Penal internacional.

El segundo trabajo corre a cargo de José Luis Rebollo Álvarez, abogado y profesor asociado de Derecho Procesal en la Universidad de Oviedo; en él aborda el tratamiento de la prueba prohibida en la jurisprudencia del TEDH. Desde el ya lejano y turbio asunto SCHENK c. SUIZA, hasta el más reciente asunto CWIK c. POLONIA, repasa otros cuatro asuntos, a cuál más interesante, que le permiten resumir la postura del TEDH, concluyendo que, a pesar de haber transcurrido más de treinta años, “*no parece que hayamos avanzado gran cosa*”.

Carlo Vittorio Giabardo, doctor en Derecho e investigador postdoctoral en la Universitat de Girona, se ha incorporado recientemente a la Pontificia Universidad Católica del Perú como profesor *tenure track*. Su investigación parte de la consideración ética y moral de la prueba prohibida, en tanto supone una forma de priorizar ciertos valores sobre otros y, específicamente, los valores de la protección de los derechos fundamentales sobre la averiguación de la verdad. En la doctrina italiana es bastante común ligar la prueba prohibida a un tema de moralidad, consideración poco tratada en la doctrina española.

Renato Machado de Souza es doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, Maestre en Derecho Internacional por la Stetson University College of Law y Director de Acuerdos de Lenidad de la Contraloría General de Brasil; a partir del mediático caso Odebrecht en Brasil (con implicación del expresidente

de la República), analiza la relevancia de la prueba prohibida en las macro causas y destaca su eficacia cuando, a pesar de la ilicitud, se presenta como único medio para comprobar la vulneración de los derechos de los acusados.

Concluye la primera parte con el trabajo de Gabriel Suqui-Romero, doctor en Derecho por la Universidade da Coruña y profesor de Derecho Procesal en la Universidad de Machala (República del Ecuador); estudia la legislación ecuatoriana en relación a las consecuencias jurídicas de una actividad probatoria ejecutada dentro de un programa de cumplimiento (*compliance*) y los supuestos en que puede llegar a resultar ilícita en el proceso penal dirigido contra la persona jurídica.

La segunda sección, “Sujetos particulares y prueba prohibida”, agrupa tres trabajos, comenzando con el realizado por Agustín J. Pérez-Cruz Martín, Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Oviedo. Su preocupación por la prueba prohibida viene de antiguo; con el proyecto de investigación en el que es IP y que ampara esta publicación, da un paso más y profundiza en su estudio. El eje central, en esta ocasión, gira en torno a la recientísima STS Sala Segunda 597/2022, de 15 de junio, en la que se aborda la problemática de la ilicitud de la prueba aportada por particulares; sus conclusiones, como él mismo reconoce, son un tanto desalentadores.

Amparo Renedo Arenal es Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal en la Universidad de Cantabria. Su trabajo sobre el elemento subjetivo de la prueba prohibida analiza en qué medida afecta a la regla de exclusión quién sea el sujeto que haya obtenido la prueba. La distinción entre particulares y agentes públicos, no amparada en el artículo 11 LOPJ, ha ido modulándose por la jurisprudencia según las “necesidades” del proceso. La necesidad de regulación legal es, para la autora, de absoluta prioridad.

Ana Carrillo del Teso, Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal en la Universidad de Salamanca, se adentra en el análisis de la prueba prohibida aportada por particulares, asume como punto de partida el fundamento de la regla de exclusión y hace un completo repaso de la rica jurisprudencia de la Corte Suprema de EEUU, advirtiendo de la imposibilidad de trasladarla a nuestra realidad jurídica. Reconoce la encomiable labor del TC y del TS, a partir del lacónico contenido del artículo 11 LOPJ y, al igual que otros coautores, también considera necesario abordar sin demora la regulación legal de la materia.

La sección tercera, “Prueba prohibida y proceso penal”, incluye cinco trabajos. Nicolás Rodríguez-García, Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Salamanca, estudia las investigaciones internas corporativas, partiendo de su consideración como parte esencial del *compliance* corporativo. Reconoce la complejidad del tema, así como la existencia, quizá, de más preguntas que respuestas. El difícil tránsito de lo privado a lo público, la *mcdonalización* de la justicia, la abundancia de conceptos jurídicos indeterminados, la pluralidad de sujetos concerni-

dos, la irrupción de la justicia colaborativa, la privatización de la justicia; todas son cuestiones relevantes sobre las que resulta necesaria la búsqueda de equilibrios.

Xulio Ferreiro, profesor titular de Derecho Procesal de la Universidade da Coruña, se aproxima a la novedosa problemática que plantea la incidencia en el proceso penal de las pruebas obtenidas a través de sistemas de inteligencia artificial (IA). Son instrumentos con una indudable eficacia potencial para ser utilizados en la actividad jurisdiccional probatoria, que deben quedar, en todo caso, sometidos a los requisitos legales y constitucionales que rigen en nuestro proceso penal. Situación novedosa y singular, el desafío que supone habrá de superarse mediante la implantación de mecanismos de control y verificación complementarios a la actividad judicial, preservando la posición del juez como garante de los derechos fundamentales.

Julián Sánchez Melgar, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y doctor en Derecho por la Univesidade da Coruña, partiendo de la cambiante realidad en la que se mueve todo lo relativo a la prueba prohibida, reconoce que, como categoría dogmática siempre en evolución, en torno a ella se ha ido generando una doctrina legal confusa y en cierto modo, acomodaticia. Como protagonista en primer plano, sistematiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo, repasando todos y cada uno de los elementos que configuran la prueba prohibida en el proceso penal.

Antonio del Moral García es también Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Centra su estudio en dos cuestiones: el estándar probatorio que debe manejarse a la hora de declarar la inutilizabilidad de un medio probatorio (diferente al utilizado para afirmar la culpabilidad de un acusado) y el momento y trámites que nuestras normas procesales ofrecen para provocar ese pronunciamiento judicial sobre la ilegitimidad de una prueba y su consiguiente exclusión del proceso.

Laura Álvarez Suárez es doctora en Derecho por la Universidad de Oviedo y Jueza sustituta en el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias. La LO 21/2021, de 4 de junio, introduce significativas novedades en el proceso penal a fin de proteger a los menores y evitar los inconvenientes que puede originar su declaración en el mismo. Dedicó su trabajo al estudio del artículo 449.ter 2º LECrim, precepto no exento de dudas interpretativas a cuya aclaración la autora contribuye.

La cuarta sección, “Proceso civil y prueba prohibida”, incluye dos trabajos. Del primero de ellos es autora Sonia Calaza López, Catedrática de Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Educación a Distancia. En él se plantea si la prueba anticipada en el proceso civil es verdad o un reto; tras analizar los principios vertebradores de la prueba civil, se adentra en la anticipación y aseguramiento, destacando sus similitudes y discordancias.

Completa esta sección el trabajo del que es autora Manuela A. Rodríguez Morán, doctora en Derecho por la Universidad de Oviedo, y profesora Asociada de Derecho Procesal, así como abogada con más de tres décadas de ejercicio profesional. Con un enfoque genuinamente práctico, analiza la jurisprudencia más reciente en relación a las consecuencias de la ilicitud de la prueba en el ámbito de los procesos de familia.

La sección quinta, “Proceso contencioso administrativo y prueba prohibida” incluye dos trabajos. Jesús M. Chamorro González, doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo y Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (en el que con anterioridad presidió su sala de lo contencioso administrativo), estudia la interacción entre la fase probatoria de los procedimientos administrativos y tributarios y el proceso judicial. Su conclusión es tajante: es necesario clarificar una situación que tiene varias fugas que debilitan la seguridad jurídica en un ámbito del derecho tan sensible como es la fase probatoria.

Ilda Méndez López es doctora en Derecho por la Universidad de Oviedo, Profesora Asociada de Derecho Procesal en la misma, y Letrada de la Administración de Justicia, con treinta y cinco años de experiencia, de ellos los últimos veinte en la jurisdicción contencioso administrativa. Su análisis de la ilicitud probatoria en éste orden jurisdiccional se centra en los aspectos procedimentales, sobre la base de la necesaria interconexión entre la LJCA y la LEC, habida cuenta de la supletoriedad de ésta y el silencio de aquella.

La sexta y última sección, “Proceso laboral y prueba prohibida, cuenta con dos trabajos. Luis Pérez Fernández, abogado y Profesor Asociado de Derecho Procesal, se ocupa del estudio de los poderes empresariales de dirección y control, tomando como punto de partida el artículo 20 ET que, por imperativo del artículo 10.1 CE, debe ser ejercido con pleno respeto a la dignidad del trabajador. El ámbito de las nuevas tecnologías genera un entorno especialmente conflictivo, donde el riesgo de injerencia empresarial está presente de manera habitual, con incidencia directa en situaciones de ilicitud probatoria.

José María Roca Martínez, Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universidad de Oviedo, aporta el capítulo que cierra el libro. En el mismo son objeto de estudio dos aspectos concretos de la prueba prohibida en el proceso laboral: por un lado, la evolución del test de proporcionalidad y el deber de información; por otro, las consecuencias de la ilicitud de la prueba en orden a la calificación del despido. El sinuoso camino parece enderezarse con la STC 61/2021, de 15 de marzo.

A todos los que con sus aportaciones han colaborado en la elaboración de esta obra, es de justicia, como director de la misma, mostrarles mi más sincero agradecimiento: por formar parte, directa o indirectamente, de este proyecto de investigación, por encontrar tiempo entre sus múltiples obligaciones y, en definitiva, porque todos los que asumieron el compromiso han cumplido con creces.

Prólogo

Con el esfuerzo conjunto ve la luz esta obra que sometemos con gusto a la consideración de la comunidad jurídica, abiertos al debate y en la esperanza de contribuir con ella a avanzar en el camino hacia la construcción de la teoría general de la prueba prohibida.

JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ

Director

La Fresneda (Asturias), en el día dieciocho de julio de dos mil veintidós