

LA LEY Probática

Julio-Septiembre 2020 | 01

**La prueba ilícita:
un concepto todavía
por definir**, *Joan Picó i Junoy*

EN PRIMERA PERSONA

→ Xavier Abel LLuch

→ Antonio Garrigues Walker

DIRECCIÓN
Dr. Frederic Munné Catarina

Equipo Editorial

Fernando Cameo Bel (Gerente de Publicaciones) fernando.cameo@wolterskluwer.com

Ana María Gómez Megías (Responsable de contenidos Revistas de Derecho Privado)
ana.maria.gomez@woltreskluwer.com

Ana Belén Corral Moraleda (Redacción) ana.belen.corral@external.wolterskluwer.com

ISSN Electrónico: En trámite

Diseño por Wolters Kluwer España, S.A.

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

LA LEY Probática

Dirigida a juristas y otros colaboradores de la Justicia interesados en la semiótica, en cómo probar los hechos y en el Derecho probatorio. Editada en colaboración con la Asociación de Probática y Derecho Probatorio.

DIRECCIÓN

Dr. Frederic Munné Catarina (*Abogado. Doctor en Derecho*)

SUBDIRECCIÓN

Dr. Manuel Richard González (*Profesor Titular de Derecho Procesal. UNAV*)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Xavier Abel Lluch (*Magistrado. Doctor en Derecho*)

María José Achón Bruñén (*Doctora en Derecho Procesal*)

Julio Banacloche Palao (*Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid*)

Sonia Calaza López (*Catedrática de Derecho Procesal. Directora del Departamento de Derecho procesal de la UNED*)

Joaquín Delgado Martín (*Magistrado. Doctor en Derecho*)

Jesús Manuel Dolz Lago (*Fiscal del Tribunal Supremo*)

Rosa Méndez Tomás (*Magistrada*)

Lluís Muñoz Sabaté (*Abogado. Profesor Titular de Derecho Procesal. Universitat de Barcelona*)

Juan Pablo Nieto Mengotti (*Fiscal*)

Rafael Orellana de Castro (*Abogado. Doctor en Derecho. Presidente de la Associació Catalana de Perits Judicials i Forenses*)

Vicente Pérez Daudi (*Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de Barcelona*)

Joan Picó Junoy (*Catedrático de Derecho Procesal. Universitat Pompeu Fabra Barcelona*)

Luis Rodríguez Pitarque (*Abogado. Presidente de la Sección de Procesal ICAB*)

SUMARIO

EDITORIAL

TRIBUNA

- La prueba ilícita: un concepto todavía por definir, *Joan Picó i Junoy*
- La declaración del menor víctima del delito como prueba preconstituida, *José María Nacarino Lorente*

EN PRIMERA PERSONA

- Xavier Abel LLuch
- Antoni Garrigues Walker

PRACTICA FORENSE

- ¿Dónde están mis linderos? La pericia en la delimitación precisa inmobiliaria. Inscripción gráfica y coordinación Registro de la Propiedad-Catastro, *Alberto Antón Merino*
- La pericia como actividad dirigida al Juez, *Juan Fernández-Goula Pfaff*
- Especialidades periciales novedosas: informes periciales de cálculo de pérdida de intangibles con costes de pérdidas económicas y la intervención de la tecnología, *Selva Orejón Lozano*

DOSIER DE PROBATICA

- Estudio comparativo sobre la prueba ilícita en Estados Unidos y en Derecho continental, *Juan Antonio Andino López*

JURISPRUDENCIA DE DERECHO PROBATORIO

- Ilícitud de la prueba por falta de motivación del Auto de autorización judicial de un dispositivo de seguimiento GPS en el vehículo del sospechoso, *Manuel Richard González*

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

- Límites de la investigación de los detectives privados. Naturaleza probatoria como prueba testifical del informe de detectives privados, *Manuel Richard González*

- La prueba de la existencia de una pareja de hecho. Aunque esa prueba no sea suficiente para obtener el derecho reclamado, *Manuel Richard González*
- Sobre la validez de la denominada prueba neurocientífica para probar la imputabilidad del acusado en el proceso penal, *Manuel Richard González*

ACTUALIDAD PROFESIONAL

- Valor probatorio de los correos electrónicos en la jurisdicción civil, *Luis Rodríguez Pitarque*

PASATIEMPOS PROBATORIOS

- Crucigrama Probática, *Enrique de Madrid Avila*

Colaboradores en este número

Xavier Abel Lluch

Magistrado. Doctor en Derecho

Juan Antonio Andino López

Profesor Asociado Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

Alberto Antón Merino

Doctor Ingeniero en Geodesia y Cartografía. Ingeniero Técnico en Topografía. Perito judicial. Geómetra experto. Director técnico de ALBIREO Topografía. Miembro de la Asociación de peritos colaboradores con la Administración de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Juan Fernández-Goula Pfaff

Ingeniero Industrial. Master en Administración de Empresas. Miembro de la Asociación Catalana de Peritos Judiciales y Forenses colaboradores de la Administración de Justicia.

Antonio Garrigues Walker

Presidente de honor de Garrigues. Fundador del Foro de las Evidencias Electrónicas

José María Nacarino Lorente

Abogado del Estado sustituto en Valencia. Doctor en Derecho. Criminólogo. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Selva Orejón Lozano

Perito judicial especializada en Identidad digital y reputación. Miembro de la Asociación Catalana de Peritos Judiciales y Forenses. Licenciada en Ciencias de la Comunicación por la Universitat Ramon Llull. Diplomada en Business Organization and Environment, University of Cambridge, e Inteligencia al Servicio del Estado y la Empresa. Profesora en la Universidad de Barcelona UB en el Máster de Ciberseguridad (Ciberinteligencia-OSINT), y en la Escuela de Policía de Catalunya (Ciberinvestigación y Protección de la identidad digital)

Joan Picó i Junoy

Catedrático de Derecho Procesal. Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

Manuel Richard González

Profesor Titular de Derecho Procesal Universidad Pública de Navarra. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio

Luis Rodríguez Pitarque

Abogado

Frederic Munné

Abogado. Doctor en Derecho

Director de LA LEY Probática

Fruto de la colaboración entre la Asociación de Probática y Derecho Probatorio y Wolters Kluwer nace esta revista monográfica especializada en materia de prueba. En realidad, más que de un nacimiento se trata de un crecimiento. Esta revista constituye la ampliación y la renovada publicación de los «Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio» que se han venido publicando desde 2009 hasta la actualidad en el Diario LA LEY, y de los que éste sería su número 27.

Se trata de una revista de interés para los juristas y para otros colaboradores de la Justicia interesados en la semiótica, en cómo probar los hechos y en el Derecho probatorio. Y es que todos cuantos intervenimos en un proceso, ya sea judicial o arbitral, sabemos de la importancia que tiene la prueba de los hechos controvertidos: el conocido dilema de «*o probare o soccombere*».

El estudio de la prueba se abordará tanto desde una vertiente teórica o académica como práctica, con entrevistas a prestigiosos juristas que han destacado en el estudio de la prueba en general o en algún aspecto concreto de la probática o del derecho probatorio, con artículos doctrinales sobre los temas más actuales en estas materias, comentarios prácticos de peritos o expertos sobre su especialidad, comentarios sobre probática o cómo probar los hechos a partir de la semiótica que se desprende de las sentencias judiciales, comentarios a la jurisprudencia sobre las normas legales que regulan los límites de la prueba, novedades legales y judiciales en materia probatoria, e incluso con pasatiempos a modo de actividades lúdicas, aunque no por ello de menor interés académico y práctico.

Desde la Asociación de Probática y Derecho Probatorio asumimos el compromiso de mantener la calidad y la continuidad de esta nueva revista, con renovada ilusión e interés por el estudio de la prueba, del mismo modo que hicimos con los antiguos «Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio».

La prueba ilícita: un concepto todavía por definir (1)

Joan Picó i Junoy

Catedrático de Derecho Procesal
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

Resumen: El concepto de prueba ilícita parecía bien fijado en el art. 11.1 LOPJ. Sin embargo, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio, hace tambalear este concepto al interpretarlo de forma más restrictiva a como lo estaba haciendo hasta ese momento. Este trabajo intenta justificar esta nueva interpretación del alcance de la prueba ilícita en el derecho fundamental a la prueba.

Palabras clave: Prueba ilícita, derecho fundamental a la prueba.

Abstract: The concept of illegal evidence seemed well established in art. 11.1 LOPJ. However, the Constitutional Court ruling 97/2019, July 16, shakes this concept, to interpret it in a more restrictive way to what is currently happening. This paper attempts to justify this new interpretation of the scope of the illegal evidence in the fundamental right to proof.

Keywords: Illegal evidence, fundamental right to proof.

1. INTRODUCCIÓN

La reciente STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio (2), ha venido a remover los cimientos de la figura de la prueba ilícita que poco a poco, desde la famosa STC 114/1984, de 29 de noviembre (3), y su «trasposición» al art. 11.1 de la LOPJ (4), se había ido consolidando en el sistema jurídico español. El camino andado ha estado lleno de socavones que la práctica judicial ha tenido que ir aplanando con nuevas instituciones como, por ejemplo, la «doctrina de los frutos del árbol envenenado» o la «teoría de la conexión de antijuricidad». Toda esta complejidad jurídica justifica los muchísimos trabajos publicados por los estudiosos del derecho (5).

Llegados a este punto aparece publicado en el BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019, la citada STC que viene a restringir el concepto y alcance de lo que debe entenderse por prueba ilícita. La primera reacción de la doctrina ha sido fulminantemente negativa, y los títulos de los estudios publicados son harto elocuente: «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita» (6), «La degradación de la prueba ilícita en la reciente jurisprudencia constitucional» (7), o «¡La prueba ilícita ha muerto. Viva la prueba ilícita (en el proceso justo)!» (8). Sin embargo, aun siendo crítico con el razonamiento mantenido en dicha sentencia, creo que abre un debate que nos debe hacer pensar sobre el fundamento y alcance de la prueba ilícita para ajustarlo a los diversos derechos fundamentales que están en juego.

2. PREMISAS BÁSICAS DEL DEBATE: ÁMBITO NORMATIVO DE LA PRUEBA ILÍCITA Y SU JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

Como es bien sabido, el art. 11.1 LOPJ vincula el concepto de prueba ilícita a la vulneración de derechos fundamentales y, en concreto, establece: «No surtirán efectos las pruebas obtenidas vulnerando, directa o indirectamente, derechos o libertades fundamentales».

Este respeto absoluto a los derechos fundamentales puede justificarse, básicamente, desde dos perspectivas bien distintas, que vienen abaladas por los dos sistemas jurídicos de gran tradición histórica, el del *Common Law* y el del *Civil Law*. Así, históricamente se han formulado dos justificaciones de este concepto restrictivo de la ilicitud de la prueba:

- (a) evitar que el poder del Estado, en la persecución de los delitos, desconozca la vigencia de los derechos fundamentales y los vulnere en su afán de alcanzar el mayor número de pruebas acusatorias. Detrás de este modelo encontramos la tradición jurídica estadounidense, de origen jurisprudencial, con la célebre *exclusionary rule* de la prueba ilícita, mediante la cual se pretende disuadir que los órganos policiales estadounidenses vulneren el contenido de diversas de sus Enmiendas, como la IV (con el derecho a no sufrir registros ni confiscaciones irrazonables); la V (con derecho a no declarar contra sí mismo), la VI (con el derecho a la asistencia letrada), o la XIV (con el derecho al debido proceso) (9);
- (b) reconocer la vigencia y aplicación directa de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho. La supremacía constitucional de estos derechos debe suponer el rechazo más absoluto de cualquier acto, público o privado, por lo que, en el marco de cualquier tipo de proceso judicial, debería inadmitirse cualquier eficacia probatoria a tales actos. Este es el modo más frecuente de regular la prueba ilícita en el derecho continental (10).

La justificación constitucional de este concepto debe buscarse en la debida protección de los derechos fundamentales que se han visto vulnerados para obtener la prueba. Estos derechos constituyen los pilares básicos sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico español, por lo que su vulneración tan sólo puede comportar, necesariamente, el rechazo más absoluto, esto es, en nuestro caso, la imposibilidad de utilizarse dicha prueba. De manera rotunda así se pronunció la STC 114/1984, de 29 de noviembre —recordemos que ésta debe ser la fuente de interpretación básica del art. 11.1 LOPJ por cuanto originó su redacción actual (11)—, en cuyo fundamento jurídico 4º destacó: «Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de "inviolables" (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental» (12). Por ello, la recepción procesal de esta prueba comporta además, en términos de la citada STC 114/1984, el reconocimiento de una inadmisibile desigualdad procesal, esto es, la vulneración del art. 24.2 CE, pues literalmente: «Tal afectación se da, sin embargo, y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las "garantías" propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una

inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro» (13).

En conclusión, hasta la STC 97/2019, de 16 de julio, la prueba ilícita se limitaba a la vulneración de algún derecho fundamental, por lo que como la definí en otro lugar, desde una perspectiva estrictamente normativa, ésta es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental (14). En consecuencia, como puede comprobarse, nuestro concepto de prueba ilícita, siguiendo la línea propia del *Civil Law*, se asocia a la violación de los citados derechos fundamentales (15).

3. NUEVOS PARÁMETROS DE LA STC (PLENO) 97/2019, DE 16 DE JULIO

En un proceso de restricción del concepto de prueba ilícita, la STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio, ha venido a establecer que no es suficiente con la vulneración de un derecho fundamental para definirla sino que, además, debe haberse obtenido la prueba con la intención de perjudicar el derecho de defensa de la parte contraria. Para argumentar su nueva doctrina, esta sentencia formula los siguientes tres principios generales de la doctrina constitucional sobre la prueba ilícita:

Primero: la inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado.

Segundo: en consecuencia, la regla de exclusión de la prueba ilícita tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo (art. 24.2 CE); y

Tercero: la violación de las garantías procesales del art. 24.2 CE, en relación con la prueba ilícitamente obtenida, ha de determinarse a través de un juicio ponderativo tendente a asegurar la igualdad de las partes y el proceso justo y equitativo. La cuestión a dilucidar aquí es ¿Cuáles son los elementos necesarios de este juicio ponderativo? Estos elementos (o juicios ponderativos) son dos:

- (a) En primer lugar, ha de determinarse la índole de la ilicitud verificada en el acto de obtención de los elementos probatorios (si es infraconstitucional o constitucional —en el primer caso no hay posibilidad de entender que existe una prueba ilícita (16) —); y
- (b) En segundo lugar, ha determinarse su ligamen o conexión con los derechos procesales de las partes desde el prisma del proceso justo y equitativo. Y aquí el TC entiende que debe analizarse la intencionalidad de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, sus necesidades de tutela y el equilibrio e igualdad de las partes en el seno del proceso; y para ello utiliza dos parámetros de control, uno interno y otro externo, que paso seguidamente a exponer: a) desde el parámetro de control interno se analiza si la vulneración del derecho fundamental ha estado instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionalmente exigibles, comprometiéndose en ese caso la integridad del proceso en curso y el equilibrio entre las partes. Si no es así, resultaría admisible (salvo excepciones de alta intensidad en el orden

axiológico de los derechos fundamentales —ejemplo: tortura—). Por ello, encontramos sentencias en las que se otorga valor probatorio a lo logrado con vulneración de derechos fundamentales, pero en el que el infractor ha actuado de buena fe (STC 22/2003, de 10 de febrero); y b) desde el parámetro de control externo se valora si existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso penal.

En función de todo ello, el Pleno del TC resolvió el denominado «caso Falciani» en el que se debatía la ilicitud de los ficheros informáticos obtenidos por Hervé Falciani cuando trabajaba como ingeniero informático en la filial suiza del banco británico HSBC en Ginebra, en los que constaban los datos bancarios de miles de contribuyentes con cuentas sospechosas de evasión fiscal (que pretendía vender a terceros para lucrarse). Estos documentos fueron confiscados por la Justicia francesa, y ésta los envió a los países con los que Francia tenía acuerdos de colaboración fiscal, como España. De acuerdo con esta prueba, las diversas instancias de los tribunales penales españoles (17) condenaron a varios procesados, entre ellos a Sixto Delgado de la Coba a seis años de prisión por dos delitos contra la hacienda pública española, que recurrió en amparo. Pues bien, en esta sentencia el TC califica a dicha prueba como lícita aplicando los principios anteriormente indicados ya que:

- (a) si bien entiende que ha habido una vulneración del derecho fundamental a la intimidad del condenado (art. 18.1 CE);
- (b) atendiendo a la índole y características de la vulneración del citado derecho a la intimidad (18) se respetó al condenado su derecho a la igualdad de las partes y a un proceso justo y equitativo, tanto desde el parámetro interno (19) como el externo (20) .

En conclusión, en función de la actual jurisprudencia del TC, es evidente la validez de las pruebas obtenidas con vulneración de normas de rango infraconstitucional (21) , esto es, las que pueden denominarse pruebas ilegales; así como también aquellas logradas con violación de un derecho fundamental sustantivo sin intención de comportar una posición de ventaja o desequilibrio procesal y siempre que no haya una necesidad general de prevención o disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso y justifique la exclusión probatoria.

Como se puede comprobar, la STC 97/2019, de 16 de julio, plantea especialmente dos problemas: uno hermenéutico, sobre si es posible la lectura que hace del art. 11.1 LOPJ; y otro conceptual, respecto a si esa nueva interpretación que efectúa del concepto y alcance de la prueba ilícita tiene suficiente base argumental constitucional.

4. EL PROBLEMA HERMENÉUTICO DEL ART. 11.1 LOPJ

Atendiendo al art. 3.1 del Código Civil los cinco criterios hermenéuticos de las normas jurídicas son el gramatical, el histórico, el teleológico, el sociológico (contexto social) y el sistemático. Paso seguidamente a aplicar los cuatro primeros criterios hermenéuticos al art. 11.1 LOPJ:

- a) La interpretación gramatical del art. 11.1. LOPJ no ofrece duda alguna, pues literalmente vinculada el alcance de las pruebas ilícitas a aquellas «pruebas obtenidas vulnerando, directa o indirectamente, derechos o libertades fundamentales» (22) . En consecuencia, es claro que el

legislador no diferencia entre vulneración de un derecho fundamental sustantivo o uno procesal, por lo que como ya dijo Azón si *lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (23).

- b) La interpretación histórica nos conduce directamente a la STC 114/2014, de 29 de noviembre, verdadero origen del contenido literal de esta norma (24), ya que con anterioridad no existía en nuestro ordenamiento jurídico una norma similar al art. 11.1 LOPJ. Pues bien, en esta sentencia tampoco se hace distinción alguna entre derecho fundamental sustantivo y procesal, y para ambos previó la máxima sanción jurídica, a saber, la nulidad radical de todo acto violatorio de un derecho fundamental (25).
- c) La interpretación teleológica o finalista nos conduce a la misma conclusión que las anteriores interpretaciones, esto es, que el art. 11.1 LOPJ pretende la protección de cualquier tipo de derecho fundamental —ya sea sustantivo o procesal—. La finalidad de esta norma es evitar que tanto un particular como el Estado obtengan una posición de ventaja respecto de quien respeta los derechos fundamentales, esto es, desincentivar los actos atentatorios a lo más esencial del Estado de Derecho.
- d) La interpretación sociológica, que permite la adaptación de la ley al momento histórico social en el que debe aplicarse, tampoco parece sostener la doctrina sobre el alcance de la prueba ilícita prevista en la STC 97/2019. Es muy posible que no haya en la actualidad un motivo sociológico especial que justifique adaptar el sentido del art. 11.1 LOPJ en los términos que propone el TC y limitar el ámbito de aplicación de la prueba ilícita.

De lo hasta aquí apuntado, se hace muy difícil encontrar un criterio interpretativo del Código Civil que avale la lectura que del art. 11.1 LOPJ efectúa la STC 97/2019. Desde el punto de vista gramatical, histórico, teleológico y sociológico, el art. 11.1 LOPJ debería seguir alcanzando a cualquier derecho fundamental, independientemente de su carácter sustantivo o procesal.

Sin embargo, existe todavía un relevante criterio hermenéutico del derecho, el sistemático, en función del cual debe relacionarse la norma interpretada con el resto del ordenamiento jurídico y, muy especialmente, con la Constitución. Y aquí lo cierto es que en nuestro sistema jurídico se reconoce con el máximo nivel de protección, esto es, como derecho fundamental, al derecho a la prueba, que tiende a permitir la mayor actividad probatoria, máxime cuando el propio texto constitucional no prevé la interdicción de la prueba ilícita (26), por lo que, en principio, no hay otro derecho fundamental en juego que justifique la limitación del derecho a la prueba. Desde esta perspectiva sistemática, solo cuando se vulnera un derecho fundamental de contenido procesal —el mismo que tiene el derecho a la prueba— podría justificarse la limitación del derecho a la prueba. Y ello nos lleva al segundo problema que paso a analizar, esto es, si la nueva interpretación del art. 11.1 LOPJ del TC tiene suficiente base argumental constitucional.

5. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA NUEVA LECTURA DEL ART. 11.1 LOPJ QUE FORMULA LA STC (PLENO) 97/2019, DE 16 DE JULIO

Es necesario empezar por recordar que la nueva interpretación del art. 11.1. LOPJ que efectúa la STC

97/2019 supone la más restrictiva posible que se ha efectuado hasta la actualidad, y en función de la cual la prueba ilícita ya no puede definirse por la vulneración de cualquier derecho fundamental sino solo la violación de un derecho fundamental sustantivo con la intención de perjudicar una garantía procesal de la parte contraria (27).

La justificación de esta nueva interpretación la encontramos en el derecho fundamental a la prueba: como tuve ocasión de analizar en otro lugar (28), el aspecto objetivo de este derecho comporta dos consecuencias, a saber, la necesidad de efectuar siempre una lectura amplia y flexible de las normas probatorias (29), y la exigencia de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba (30). Ambas consecuencias convergen en una misma idea: siempre debe optarse por aquella interpretación de la ley que tienda a permitir la máxima virtualidad y eficacia del derecho a la prueba. En nuestro caso, la lectura del art. 11.1 LOPJ que propone la STC 97/2019 cumple este objetivo.

Lo cierto es que nuestra Constitución solo ha recogido el derecho fundamental a la prueba y no ha previsto expresamente como límite al mismo la ilicitud en la obtención de la prueba como así lo han hecho otras constituciones (31). En consecuencia, en la Constitución española todos los litigantes tienen garantizado su derecho a la prueba, por lo que éste debe ser el verdadero protagonista de la actividad probatoria. Además, si como indica el TC la inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado, es evidente a la conclusión a la que debe llegarse: la primacía del derecho a la prueba.

Y en la doctrina encontramos autores que mantienen conclusiones similares. Así, por ejemplo, MUÑOZ SABATÉ, al estudiar el art. 11.1 LOPJ, afirma: «Este enfrentamiento entre ambas normas [el 11.1. LOPJ y el 24.2 CE —reconocedor del derecho a la prueba—] no debería tener ninguna salida transaccional dado el superior rango de la norma constitucional y la inexistencia en la propia Constitución de un precepto que expresamente declare la ineficacia de las pruebas ilícitamente adquiridas. Siempre que existe indefensión auténtica por causa de la inadmisión de una prueba resulta altamente problemática la oportunidad y legalidad del precepto que comentamos en este apartado» (32). Y de igual modo, con carácter general, TARUFFO destaca que «dado que el derecho a la prueba tiene rango constitucional, deberíamos inclinarnos a concluir que tiene que encontrarse un equilibrio favorable a la admisión de todas aquellas pruebas relevantes de las que dispongan las partes, ya que otras razones procesales no deberían afectar el derecho fundamental a la prueba, y mucho menos anularlo» (33).

Debo advertir que esta nueva interpretación no comporta dejar huérfana de protección la vulneración del derecho fundamental sustantivo, pues dará lugar a la correspondiente responsabilidad penal, civil o disciplinaria del infractor (34). Lo único que sucede es que la sanción procesal —de rechazar la prueba ilícita— se desplaza a su ámbito natural, la del proceso, entendiéndose que si la fuente probatoria lograda con dicha vulneración se hizo con la intención de generar una desigualdad en el proceso, o provocar una ruptura del proceso justo, no debe surtir efecto alguno (35).

Finalmente, deseo hacer tres reflexiones sobre distintos aspectos críticos que se han formulado a raíz de la STC 97/2019:

- a) es cierto que esta nueva interpretación jurisprudencial del art. 11.1 LOPJ genera más inseguridad jurídica que la realizada hasta la actualidad, puesto que deberemos ir a cada caso concreto para que el juez determine si la vulneración del derecho fundamental sustantivo comporta además el desprecio de una garantía procesal del art. 24 CE (36) . Pero estamos acostumbrados a vivir con normas que se refieren a una determina realidad cuyos límites no pueden fijarse inicialmente con precisión y que requieren de los concretos hechos litigiosos para que el juez las aplique. Es lo que sucede con los conceptos jurídicos indeterminados, en los que pese a su inicial indefinición siempre es posible precisar, para cada caso concreto, su verdadera existencia. Por ello, también aquí respecto a la prueba ilícita, en función de los concretos hechos que hayan sucedido, el juez estará en condiciones de determinar si se ha comprometido la vigencia del derecho a la igualdad de las partes y a un proceso justo. Y ello podrá verificarse a través de la motivación de la resolución judicial que declare la licitud de la prueba que, como cualquier otra, podrá ser objeto de revisión en méritos de los correspondientes recursos (37) . En definitiva, esta motivación judicial revisable es la que debe evitar que el juez actúe de forma inquisitiva permitiendo indebidamente actividad probatoria ilícita —en los términos de la STC 97/2019— (38) .
- b) También es cierto que la eficacia directa de cualquier derecho fundamental —ya sea sustantivo o procesal— debería comporta, en principio, el rechazo de todos los efectos que, directa o indirectamente, se deriven de su vulneración. Sin embargo, no es menos cierto que aquí entra en escena el derecho a la prueba, igualmente fundamental, por lo que en la ponderación de intereses en conflicto es posible que deba prevalecer este último: esta es la opción por la que apuesta la STC 97/2019. Así, si lo que se vulnera es un derecho fundamental procesal (a la defensa, al proceso justo, etc) debe primar este último derecho y no admitir efecto alguno a la prueba ilícita. Y, por el contrario, si lo infringido solo es un derecho fundamental sustantivo, ya tiene su sanción en el ámbito material (penal, civil o disciplinario) por lo que, salvo que la admisión de la prueba alcanzada con dicha infracción suponga vulnerar una garantía constitucional del debido proceso, deberá admitirse ese problema, lo que me lleva a la tercera reflexión.
- c) Y, por último, podría pensarse que toda vulneración de un derecho fundamental sustantivo del que se derive una prueba comporta una situación de ventaja procesal en favor del infractor, por cuanto podrá utilizar un elemento de convicción judicial del que no podrá contar la parte contraria que ha actuado correctamente, esto es, quien no ha violentado derecho fundamental alguno: así reflexionó la conocida STC 114/1984, de 29 de noviembre, cuando afirmó que partiendo de «la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las "garantías" propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro». Ello es cierto, y precisamente por este motivo, la propia STC 97/2019 entiende que la fuente de prueba alcanzada con la vulneración de un derecho fundamental sustantivo y la intención de utilizarse como medio

de prueba debe proscribirse del proceso. Y la verdad es que ésta será la situación más habitual en la práctica, por lo que el problema aquí planteado ya no se producirá: quien busque ilícitamente elementos probatorios para ser empleados en un proceso debe saber que tendrá la máxima sanción procesal, esto es, la invalidez probatoria de dichos elementos. Pero cuando ello no sea así, no debe entrar en juego la doctrina de la prueba ilícita y sus efectos invalidantes, como sucede, por ejemplo, en el caso enjuiciado en la STC 97/2019, en el que el Sr. Falciani sustrajo documentos financieros de una entidad bancaria solo con la finalidad lucrativa de su posterior venta, por lo que no había ninguna intención de preconstituir prueba alguna (39). Y en este sentido, si nos fijamos bien, la propia STC 114/1984, en el párrafo que acabo de transcribir, asocia la idea de desigualdad a la de «recabar» en provecho propio instrumentos probatorios. En consecuencia, con la expresión «recabar» (40) se pone expresamente de manifiesto la voluntariedad o consciencia de obtener elementos probatorios con la vulneración de los derechos fundamentales de otra persona, por lo que quien accede a una fuente de prueba sin esa voluntariedad, esto es, sin desear «recabarla», pierde fuerza argumental la ineficacia probatoria, máxime cuando está en juego la virtualidad del derecho fundamental a la prueba. En definitiva, como podemos comprobar, las circunstancias de cada caso nos aportarán los elementos suficientes para valorar cuando estamos ante una prueba lícita o ilícita.

6. REFLEXIÓN FINAL

La prueba ilícita, desde su configuración normativa en el art. 11.1 LOPJ, siempre ha dado lugar a un continuo debate doctrinal y jurisprudencial. La STC 69/2019 es el último hito en este debate, y ha venido a restringir al máximo el ámbito de aplicación de la prueba ilícita, exigiendo para su apreciación no solo la vulneración de un derecho fundamental sustantivo sino además la infracción de alguna garantía procesal del art. 24 CE. Si bien es cierto que resulta muy difícil efectuar una lectura del art. 11.1 LOPJ en los términos efectuados en dicha sentencia, lo que está dando pie a una dura crítica doctrinal, esta nueva interpretación puede justificarse sistemáticamente en la necesidad de permitir la máxima eficacia del derecho fundamental a la prueba.

Esta exégesis restrictiva del concepto de prueba ilícita es plenamente acorde a nuestro marco constitucional: el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más reducido posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad.

Sin embargo, al igual que la famosa STC 114/1984 motivó la redacción del actual art. 11.1 LOPJ, la STC 97/2019 justificaría su modificación para ajustarlo a la nueva interpretación constitucional y evitar así los problemas hermenéuticos que he analizado.

(1)

El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D «Hacia una nueva configuración de la pericial judicial» (DER2016-7549-P), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación; y en el Grupo de Investigación Reconocido, Consolidado y Financiado «Evidence Law» (2017 SGR 1205) de la AGAUR.

[Ver Texto](#)

- (2) Ponente: Alfredo Montoya Melgar (ECLI:ES:TC:2019:97). Esta sentencia trae causa de la STS 116/2017, de 23 de febrero, Ponente: Manuel Marchena Gómez (ECLI: ES:TS:2017:471); que a su vez proviene de un recurso de casación presentado contra la SAP de Madrid, sec. 23ª, 280/2016, de 29 de abril, Ponente: Celso Rodríguez Padrón (ECLI: ES:APM:2016:3742).

[Ver Texto](#)

- (3) Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León (ECLI:ES:TC:1984:114).

[Ver Texto](#)

- (4) Esta norma trae causa directa de la STC 114/1984, como tuve ocasión de evidenciar al analizar la evolución parlamentaria del art. 11.1 LOPJ en mi *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. José M.ª Bosch editor, Barcelona, 1996, pp. 311 a 315, e introdujo por primera vez en el sistema procesal español una norma que formula, de manera expresa, la proscripción de la prueba ilícita. De esta norma se desprenden dos relevantes consideraciones: en primer lugar, la progresiva reducción del alcance o ámbito de aplicación de la prueba ilícita a la estricta vulneración de un derecho o libertad fundamental; y, en segundo lugar, la expresa voluntad del legislador de recoger la doctrina que sobre dicha problemática había formulado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre. Ambos datos deberán siempre tomarse en consideración para resolver cualquier cuestión interpretativa que pueda suscitarse en la aplicación de la mencionada norma.

[Ver Texto](#)

- (5) Hasta catorce monografías publicadas en España (por académicos de la Universidad, jueces, fiscales y abogados). Desde la Universidad podemos consultar los estudios de ASENCIO MELLADO, J.M.ª, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, edit. Trivium, Madrid, 1989; PICÓ I JUNOY, J, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit.; DÍAZ CABIALE, J.A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, edit. Civitas, Madrid, 2001; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2009 (existe una segunda edición de 2011); PLANCHADELL GARGALLO, *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial*, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2014; EUSAMIO MAZAGATOS, E., y SÁNCHEZ RUBIO, A., *La doctrina de la prueba ilícita en la Corte Suprema de Estados Unidos*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. De la Judicatura y Fiscalía hallamos los trabajos de LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, edit. Akal, Madrid, 1989; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, edit. J.M.ª Bosch editor, Barcelona, 1999; ídem, *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2019; y URBANO CASTRILLO, E. de, *La prueba ilícita penal*, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 1997 (del mismo autor con TORRES MORATO, M.A., desde 2003 hasta una sexta edición de 2012). Y de la Abogacía destacan los estudios de FIDALGO GALLARDO, C., *Las «pruebas ilegales»; de la exclusionary rule estadounidense al art. 11.1 de la LOPJ*, edit. Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid 2003, y ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *La prueba ilícita penal*, edit. Ley 57, Málaga, 2013.

[Ver Texto](#)

(6) De ASECIO MELLADO, publicado en LA LEY, núm. 9499, de 16 de octubre de 2019. El catedrático alicantino llega a concluir su estudio indicando: «La prueba ilícita, como conclusión no es esa garantía del sistema de derechos fundamentales, de su posición preferente, de la dignidad del Estado democrático. Es regla ordinaria que, tras tener vigencia durante tres décadas, recorre el camino de regreso al mundo del proceso inquisitivo, que se vislumbra cercano y solo disimulado tras la retórica, muchas veces vacía, de la seguridad y la justicia. Valores estos importante, pero siempre recurrentes en la historia cuando el Estado se ha impuesto sobre el individuo y proclamado la imposibilidad de coexistencia de éste y aquel en un marco de respeto a normas comunes y compatible entre derechos y deberes».

Ver Texto

(7) De CORDÓN MORENO, publicado en «Publicaciones Jurídicas», Centro de Estudios de Consumo, de 19 de octubre de 2019 (puede consultarse en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_degradacion_de_la_prueba_ilicita_en_la_reciente_jurisprudencia_constitucional.pdf —fecha de consulta: 21 de marzo de 2020—), quién inicia su comentario destacando que la lectura de la sentencia «suscita cuando menos perplejidad por la postura restrictiva que adopta en una época caracterizada por el hipergarantismo».

Ver Texto

(8) De LORCA NAVARRETE, publicado en «Ley Procesal» (puede consultarse en <http://leyprocesal.com/leyprocesal/de/la-prueba-ilicita-ha-muerto-viva-la-prueba-ilicita-en-el-proceso-justo.asp?nombre=7418&cod=7418&sesion=1> —fecha de consulta: 21 de marzo de 2020—).

Ver Texto

(9) Para un análisis crítico de este modelo, me remito al reciente estudio póstumo de MIRANDA ESTRAMPES M., *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*, ob. cit.

Ver Texto

(10) Como es obvio, entre ambos modelos —el de *Common Law* y *Civil Law*—, o al margen de los mismos, hay otras posibles regulaciones de la prueba ilícita que atienden a las singularidades propias de cada país (cfr. PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba ...*, ob. cit. pp. 283-285).

Ver Texto

(11) *Vid.* nota 4.

Ver Texto

(12) En este sentido, resulta acertado el comentario crítico de ASECIO MELLADO a la STC 97/2019, cuando afirma: «[...] como se verá, el TC, en esta resolución, cita párrafos completos de la de 1984, pero lo hace confundiendo y mezclando afirmaciones de distintos fundamentos, solo fragmentariamente, con el fin

de que encajen aparentemente, aun cuando es fácil de una lectura íntegra y neutral percatarse de que lo transcrito no se corresponde con la doctrina elaborada en aquel momento, que el TC no quiso decir lo que se dice ahora que dijo y que, por el contrario, se consagró una doctrina radicalmente opuesta a la que ahora se sostiene [...]. Intentar basar en la sentencia 114/1984 las conclusiones que ahora impone el TC es tan difícil, como imposible, lo que queda meridianamente claro de una relectura de aquella que [...] dejó claras cosas que el TC, ahora, afirma ser otras distintas» (ob. cit., pp. 2 y 3).

[Ver Texto](#)

(13) De igual modo, la STC 50/2000, de 28 de febrero, afirma que «la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.».

[Ver Texto](#)

(14) PICÓ JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., p. 308.

[Ver Texto](#)

(15) En la misma línea, el art. 287 LEC establece: «ilicitud de la prueba.- 1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato [...]».

[Ver Texto](#)

(16) En consecuencia, se pone fin al debate en torno a si es posible admitir una prueba que, no estando prohibida por la LEC (art. 283.3 LEC), se ha obtenido vulnerando una norma infraconstitucional (cfr. CASANOVA MARTÍ, R., *La inutilizabilidad de la prueba ilícita en el proceso civil a debate*, en «Justicia» 2016, 1, pp. 337 a 364 [y especialmente las pp. 356-360]). La redacción del art. 283.3 LEC indujo a cierta confusión por cuanto alguna resolución entendió que la prueba alcanzada con vulneración de la ley debía inadmitirse por prohibida (así, por ejemplo, la STS —Sala 1ª— de 29 de marzo de 2007 extralimitó el concepto de prueba ilícita para incluir a los documentos robados, esto es, vulnerando el derecho de libertad y propiedad, y determinó la ilicitud de los documentos contables obtenidos en las dependencias empresariales de la parte contraria y en contra de su voluntad indicando: «En el presente caso las pruebas presentadas por la sociedad demandante y referidas a las que había ocupado en las dependencias del recurrente, contra su voluntad, violentando por tanto sus derechos de libertad y propiedad, se presentan como de ilícita procedencia al haberse accedido a la misma por los medios no autorizados por la Ley y dispuesto de ellas efectivamente en el proceso con el designio evidente de obtener ventajas probatorias, ya que fueron tenidos en cuenta y valorados por el Tribunal. La ilicitud no ha de referirse a la prueba en sí, sino al modo en que la misma se consigue, y cuando se emplean medios ilícitos, como aquí ocurrió, la fuente de prueba no debe ser asumida en el proceso, por lo tanto, no ha de ser tenida en cuenta»). Sin embargo, con posterioridad, la Sala 1ª del TS ha venido a delimitar correctamente el ámbito de aplicación del art. 283.3 LEC: así, la STS 109/2011, de 2 de marzo destaca que «la proclamada ineffectividad de las mismas [de las prueba ilícitas] queda determinada legalmente por el hecho de que se haya obtenido la prueba con infracción de un derecho fundamental de rango igual o superior al del propio derecho a la prueba; supuesto que no es el del presente caso» (se trataba

de la aportación de unos documentos logrados durante una mediación familiar); y ya el ATS de 18 de junio de 1992 estableció: «Como no toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas puede conducir a esa imposibilidad (de valoración de las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales), hay que concluir que sólo cabe afirmar que existe prueba "prohibida" (ilícita) cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales». Y de igual modo, *vid.* la STS 839/2009, de 29 de diciembre. En definitiva, lo que viene a recoger el art. 283.3 LEC es el principio de legalidad procesal en materia probatoria (me remito a PICÓ I JUNOY, J., *Práctica Procesal Civil*, director Jesús Corbal, Pablo Izquierdo y Joan Picó, T.V, edit. Bosch, Barcelona, 2014, p. 3749).

[Ver Texto](#)

(17) *Vid.* nota 2.

[Ver Texto](#)

(18) «El primer parámetro del juicio ponderativo se refiere a la "índole y características" de la vulneración originaria del derecho a la intimidad, siendo relevante valorar que, tal y como el Tribunal Supremo explica con profusión de argumentos en su sentencia casacional, estamos ante una intromisión en el derecho a la intimidad que carece de cualquier conexión instrumental, objetiva o subjetiva, con actuaciones investigadoras llevadas a cabo por las autoridades españolas o por alguna parte procesal no pública. Según se declara probado, un informático aprovechó el acceso que, por razones laborales, tenía a datos de clientes del banco HSBC para elaborar sus propios ficheros, cruzando los datos bancarios, hasta realizar perfiles específicos, que pretendía vender a terceros para lucrarse. Desde el punto de vista de la "índole y características de la vulneración" originaria en el derecho fundamental sustantivo, la tutela de la intimidad de los clientes de la entidad bancaria frente a la violación cometida por un empleado de ésta queda plenamente colmada con los procedimientos penales o civiles que puedan desplegarse en el país en el que se ha consumado esa intromisión *inter privados*, sin que se observe ninguna conexión instrumental con el proceso penal español que suponga, de acuerdo con el art. 24.2 CE, una necesidad adicional de tutela jurídica de la intimidad dentro de dicho proceso que deba llevar indefectiblemente a un pronunciamiento de inadmisión de la prueba».

[Ver Texto](#)

(19) «A la misma conclusión se llega si se examina, también desde el punto de vista interno, el "resultado" de la violación consumada en el derecho a la intimidad. Puede advertirse que los datos que son utilizados por la hacienda pública española se refieren a aspectos periféricos e inoivos de la llamada "intimidad económica". No se han introducido dentro del proceso penal datos, como podrían ser los concretos movimientos de cuentas, que puedan revelar o que permitan deducir los comportamientos o hábitos de vida del interesado (SSTC 142/1993, de 22 de abril, FJ 7, y 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4). Los datos controvertidos son, exclusivamente, la existencia de la cuenta bancaria y el importe ingresado en la misma. El resultado de la intromisión en la intimidad no es, por tanto, de tal intensidad que exija, por sí mismo, extender las necesidades de tutela del derecho sustantivo al ámbito del proceso penal, habida cuenta que, como ya se ha dicho, éste no tiene conexión instrumental alguna con el acto de injerencia verificado entre particulares. Debe además recordarse que la intromisión en la intimidad se ha producido fuera del territorio donde rige la soberanía española, por lo que a la menor intensidad de la injerencia se une que "sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de

la persona [podría] alcanzar proyección universal" (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8)».

Ver Texto

(20) «De otro lado, y desde el punto de vista externo, tampoco existe un riesgo cierto de propiciar, con la admisión de la prueba controvertida, prácticas que comprometan pro futuro la efectividad del derecho fundamental en juego en el ordenamiento jurídico español, ya que, a diferencia de las circunstancias que pueden determinar una respuesta distinta en otro ordenamiento jurídico, en España no existen prácticas de opacidad bancaria amparadas por el poder público que puedan dar lugar a la proliferación de comportamientos de intromisión ilícita entre particulares como el que, en este caso, ha resultado discutido. Dicho en otras palabras: en España la obtención por parte de las autoridades de datos bancarios a efectos de desarrollar investigaciones tributarias o penales está prevista en la ley y resulta plenamente asequible a través de instrumentos procesales ordinarios. De hecho, en nuestro ordenamiento, sobre el obligado tributario pesa el deber jurídico de aportar a la hacienda pública datos bancarios como los ahora controvertidos (art. 93 de la Ley general tributaria). No se advierte, pues, tampoco desde un punto de vista externo, que exista una necesidad jurídica de extender al proceso penal la tutela del derecho a la intimidad en relación con una intromisión *inter privatos* como la verificada en el caso que nos ocupa. España no tiene un sistema jurídico de opacidad bancaria que exija instrumentalizar el proceso penal para prevenir este tipo de violaciones de derechos fundamentales verificadas entre particulares. Y no existe, obviamente, dentro del ordenamiento español de derechos fundamentales, una obligación de proteger instrumentalmente un sistema de este tipo, aunque pueda existir en otros estados».

Ver Texto

(21) Como ya hace más de 35 años se prevé en art. 11.1 LOPJ.

Ver Texto

(22) Sin embargo, esta claridad normativa no está presente para otras cuestiones, como el tratamiento procesal de la prueba ilícita (para ello, me remito a PICÓ I JUNOY, J., *Nuevas perspectivas sobre la prueba ilícita*, en «El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal», dirigido por Raquel Castillejo Manzanares, edit. Atelier, Barcelona, 2019, pp. 627 a 648; e ídem, *Problema de la denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal*, en «El proceso penal en ebullición», dirigido por José M.ª Roca Martínez, edit. Atelier, Barcelona, 2017, pp. 177 a 187) o los efectos que de la misma pueden derivarse, como por ejemplo, el efecto psicológico de la prueba ilícita (al respecto, *vid.* PICÓ I JUNOY, *El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita*, en «La prueba. Homenaje al Profesor Doctor Roland Arazi», editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2016, pp. 317 a 324 [un resumen del mismo puede encontrarse en «Iuris», vol. 171, 2012, pp. 34 a 37]).

Ver Texto

(23) Cfr. <https://dej.rae.es/lema/lex-non-distinguit-nec-nos-distinguere-debemus> (fecha de consulta: 26 de marzo de 2020)

Ver Texto

(24) *Vid.* nota 4.

[Ver Texto](#)

(25) Así, el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia establece: «Esta garantía [la interdicción procesal de la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental] deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales».

[Ver Texto](#)

(26) Como sucede en otras constituciones: así, por ejemplo, el art. 94 de la nueva Constitución cubana de 2019 prescribe: «Toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo y, en consecuencia, goza de los derechos siguiente: [...] c) aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido»; y en la misma línea, la Constitución colombiana, en su art. 29.V, prevé: «Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso»; y la Constitución brasileña, en su art. 5.LVI, dentro «De los derechos y garantías fundamentales» establece: «Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos.»

[Ver Texto](#)

(27) Siendo intrascendente si el sujeto vulnerador del derecho fundamental sustantivo es un particular o un poder del Estado. Así, la STC 97/2019 viene a corregir lo que indicó la STS objeto del recurso de amparo —la STS116/2017, de 23 de febrero— que justificaba la exclusión de la aplicación del art. 11.1 LOPJ cuando el sujeto infractor era un particular.

[Ver Texto](#)

(28) PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., p. 158; ídem, *El derecho a la prueba en el proceso civil y su nueva configuración legal*, en «Libro Homenaje a Don Eduardo Font Serra», T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, p. 881-882.

[Ver Texto](#)

(29) Siendo preferible el exceso en la admisión de pruebas a la postura restrictiva (*favor probationes*). Y esta lectura favorable de la ley a favor de maximizar el derecho a la prueba ya lo encontramos por ejemplo en la STS de 10 de febrero de 1992, cuando afirma que esta constitucionalidad del derecho a la prueba «[...] impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben ser los Tribunales de justicia los que deben proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo u obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de prueba que el de su denegación». Igualmente *vid.* las SSTC 10/2009, de 12 de enero; 71/2008, de 23 de junio; 236/2002, de 9 de diciembre; 140/2000, de 29 de mayo; 10/2000, de 17 de enero; 33/1992, de 18 de marzo; 1/1992, de 13 de enero; 205/1991, de 30 de octubre; 59/1991, de 14 de marzo; 147/1987, de 25 de septiembre; la 30/1986, de 20 de febrero 158/1989, de 5 de octubre; o la 51/1985, de 10 de abril.

[Ver Texto](#)

(30) En este sentido, *vid.* por ejemplo las SSTC 60/2007, de 26 de marzo; y 140/2000, de 29 de mayo.

[Ver Texto](#)

(31) Ver la nota 26.

[Ver Texto](#)

(32) MUÑOZ SABATÉ, LI., *Técnica probatoria*, 3ª edición, edit. Praxis, Barcelona, 1993, p. 80 (4ª edición, edit. Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 115).

[Ver Texto](#)

(33) TARUFFO, M., *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer, edit. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 57-58. A idéntica solución favorable a proteger el derecho a la prueba —y a garantizar la máxima efectividad de los derechos judicialmente reclamados— se pronuncia PASSANATE, para quien «e premesso altresì che è un dato ormai acquisito che rientra a pieno titolo nel diritto d'azione costituzionalmente garantito il cosiddetto diritto alla prova, resta da spiegare per quali ragioni quest'ultimo debba essere sacrificato sull'altare di altri diritti pure —certo— costituzionalmente garantiti, ma irrelati agli scopi propri del processo. Infatti, escludere una prova illecita, rilevante e attendibile, comporta necessariamente il sacrificio di un mezzo probatorio che può essere essenziale alla tutela (effettiva) dei diritti e si pone, su un piano tecnico, in potenziale conflitto con il fine istituzionale del processo» (*Prova illecita (diritto processuale civile)*, en «Enciclopedia del diritto», Annali X, edit. Giuffré, Milano, 2017, pp. 689 y 694; y del mismo autor *vid.* igualmente, *La prova illecita nel processo civile*, edit. Giappichelli, Torino, 2017, pp. 353 a 389).

[Ver Texto](#)

(34) Curiosamente, en EEUU, a partir del caso Hudson v. Michigan (2006), se está abandonando la inadmisión de la prueba ilícita (*exclusionary rule*) como mecanismo disuasorio de los órganos policiales de sus diferentes estados (*deterrent effect*), para dar validez a la prueba y lograr el mismo efecto disuasorio a través de la responsabilidad directa a la concreta persona integrante de dichos órganos que haya vulnerado alguna Enmienda a su Constitución (cfr. MIRANDA ESTRAMPES, M., *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense*, ob. cit., pp. 155 y 180).

[Ver Texto](#)

(35) Igual proceso de reducción del ámbito de aplicación de la prueba ilícita se está produciendo en el derecho comparado, como puede comprobarse en el estudio de ANDINO LÓPEZ, J.A., *Estudio comparativo sobre la prueba ilícita en Estados Unidos y en el Derecho Continental*, publicado en los presentes «Cuadernos».

[Ver Texto](#)

(36) Así *vid.* ASECIO MELLADO, J.M., *La STC 97/2019 ...*, ob. cit., pp. 3, 16 y 18.

[Ver Texto](#)

(37)

Por otro lado, debemos admitir que la nueva interpretación no genera más inseguridad jurídica que la originada, por ejemplo, por la «teoría de la conexión de antijuricidad» que también tiene por objeto limitar la eficacia de la prueba ilícita.

[Ver Texto](#)

(38) Este rebrote de posibles actuaciones inquisitorias constituye la conclusión final del muy crítico estudio de ASENIO MELLADO, quien llega a afirmar: «Es regla ordinaria que, tras tener vigencias durante tres décadas, recorre el camino de regreso al mundo del proceso inquisitivo, que se vislumbra cercana y solo disimulado tras la retórica, muchas veces vacía, de la seguridad y la justicia» (*La STC 97/2019 ...*, ob. cit., p. 19).

[Ver Texto](#)

(39) Otro supuesto podría ser el de los servicios sociales municipales que entran en un domicilio (sin los requisitos del art. 18.2 CE) alertados por los vecinos que denuncian un fuerte olor desagradable proveniente de su interior, y se encuentran el cuerpo de una persona muerta y restos orgánicos del presunto agresor.

[Ver Texto](#)

(40) Que según el diccionario de la Real Academia Española de la lengua, supone «Conseguir una cosa que se desea», esto es, buscar algo con algún fin.

[Ver Texto](#)

La declaración del menor víctima del delito como prueba preconstituida

Análisis de la STS 579/2019, de 26 de noviembre, ¿un cambio de criterio?

José María NACARINO LORENTE

*Abogado del Estado sustituto en Valencia. Doctor en Derecho. Criminólogo
Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Resumen: Con la sentencia que ahora se analiza, lo que el TS, a mi juicio, pretende, es efectuar una llamada de atención respecto de posibles prácticas judiciales más relajadas en cuanto con exigir la presencia del menor víctima del delito en las sesiones del juicio oral. Así, recuerda el Alto Tribunal que solo en supuestos excepcionales en los que se haya constatado un más que probable perjuicio del menor por dicha presencia podrá acudir a la preconstitución probatoria con los requisitos establecidos en la ley y siguiendo los criterios fijados en la jurisprudencia. Al mismo tiempo, dicha resolución confirma que en estos casos permitidos, con la prueba preconstituida no se ve mermado ni se conculca el ejercicio del derecho de defensa.

1. INTRODUCCIÓN

Pudiera parecer, *prima facie*, que la STS 579/2019, de 26 de noviembre, ha supuesto un cambio de criterio en los parámetros que hasta ahora venía utilizando el Tribunal Supremo respecto de la utilización de la prueba preconstituida referida a las declaraciones testimoniales de los menores víctimas de delitos graves.

No obstante, tal y como se verá, tanto en las resoluciones judiciales europeas, tanto del TEDH como del TJUE, y en este último caso, siendo referente la sentencia de 2005 de la Gran Sala conocida como «caso Pupino», y como también ocurre en las resoluciones dictadas por el TC y por el TS, con anterioridad a la que ahora se analiza, los criterios no han cambiado en absoluto.

En este trabajo se pretende ofrecer una visión del problema que pudiera plantear la preconstitución probatoria de la declaración testimonial de cara a respetar el ejercicio del derecho de defensa en los supuestos en los que los menores son víctimas de delitos de especial gravedad (malos tratos, delitos sexuales, etc), cuya finalidad es precisamente evitar la victimización secundaria que pudiera provocar la presencia del menor en las sesiones de la vista oral, analizando los requisitos que se vienen exigiendo por la jurisprudencia y cómo se resuelven las tensiones lógicas de exceptuar al menor de su presencia en la vista oral y por otro lado, es escrupuloso respecto al ejercicio del derecho de defensa que debe presidir toda actuación judicial y en mayor medida si cabe, en el plenario.

2. LA PRECONSTITUCIÓN PROBATORIA DEL MENOR EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

Tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito, y a tenor de la doctrina establecida por el TEDH en su sentencia del caso María Pupino, se han modificado los artículos 433, 448 y 730, en los que se prevé la posibilidad de la lectura de las pruebas preconstituidas respecto de las víctimas menores de edad y personas con capacidad modificada judicialmente, al objeto de evitar su victimización secundaria, y al mismo tiempo paliar los efectos del paso del tiempo en la veracidad de las declaraciones de estas personas.

A continuación se exponen la regulación que sobre dicha materia efectúan diversos instrumentos internacionales, así como nuestra normativa interna, las cuales se ocupan de ofrecer soluciones a dicha problemática.

2.1. Contexto normativo y antecedentes

2.1.1. Normativa internacional de referencia en materia de menores

Diferentes instrumentos internacionales han venido, desde hace tiempo, dedicándose a la protección de los menores, precisamente por su vulnerabilidad ante prácticas abusivas de toda índole.

Entre dichos instrumentos, destacan por su órgano emisor la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989, y las *Directrices sobre la justicia en asuntos en los que se ven implicados menores de edad como víctimas y testigos de delitos*, aprobadas por el Consejo Económico y Social (ECOSOC), de ONU en 2005, que recoge diversos derechos entre los que cabe destacar el derecho a la protección contra la discriminación, derecho a ser informado y a ser oído y expresar opiniones y preocupaciones, y de forma especial para el tema tratado en este trabajo, el derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia.

En el mismo sentido las *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, se alude a la necesidad de mitigar las consecuencias derivadas de la victimización secundaria (Regla 12). Por su parte, la Regla 5, párrafo segundo, declara que: «Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo». Y la regla 37, al referirse al anticipo jurisdiccional de prueba, establece que: «Se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba».

A nivel europeo nos encontramos con diversos instrumentos como el Convenio del Consejo de Europa *sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual*. El artículo 35.2 establece la necesidad de adoptar medidas para que las entrevistas sean grabadas y que estas grabaciones puedan ser aceptadas como prueba en el juicio oral. Finalmente, el artículo 36.2.b) advierte sobre la necesidad de adoptar medidas que autoricen la declaración de la víctima ante el Tribunal sin necesidad de estar presente, mediante el uso de las nuevas tecnologías.

También la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos* (que ha venido a sustituir a la Decisión Marco 2001/220/JAI, modificando y ampliando sus

disposiciones), recoge en su artículo 24.1.a) que: «en las investigaciones penales, todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales». Las normas procesales de las grabaciones audiovisuales mencionadas en la letra a) del párrafo primero y el uso de las mismas se determinarán en el Derecho nacional.

De la redacción contenida en los instrumentos internacionales referidos (1) puede extraerse la preocupación por evitar la nueva victimización del menor que ha sufrido las consecuencias de un delito y por ello se recogen diversos mecanismos tendentes a lograr este objetivo, y que pasan por evitar, en la medida de lo posible, la presencia del menor en el acto del juicio oral, por las consecuencias tan gravosas que ello conllevaría.

2.1.2. Normativa nacional

En el ámbito interno de nuestro país, la normativa que de forma principal recoge todas estas cuestiones apuntadas, dirigidas a evitar la victimización secundaria del menor que ha sido víctima de un delito por asistir a las sesiones de la vista oral, son básicamente la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, Ley Orgánica del Poder Judicial y en mayor medida la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así, y en relación a la primera de las normas citadas, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, menciona en su artículo 11.2 como principios rectores de la actuación de los poderes públicos «la supremacía del interés del menor» [apartado a)] y «la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal» [apartado d)], a lo que se añade en el artículo 13. 3 que en las actuaciones de protección «se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor».

En el mismo sentido, el artículo 17, la propia Ley Orgánica contempla el mandato de que «en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por Ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia».

Por su parte, el Estatuto de la Víctima del Delito, aprobado por Ley 4/2015, de 27 de abril, señala en su artículo 19: «Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada. En el caso de las víctimas menores de edad, la Fiscalía velará especialmente por el cumplimiento de este derecho de protección, adoptando las medidas adecuadas a su interés superior cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso».

Y el artículo 26.1 del mismo texto, señala como «medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, lo siguiente: 1. En el caso de las víctimas menores de edad y en el de las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular serán aplicables las siguientes: a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos».

De conformidad con ello, el último párrafo del artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a tenor de la redacción dada por la Ley 4/2015, de 27 de abril, establece que: «La declaración (ante el Juez de Instrucción) de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba».

En el mismo sentido, el artículo 707, párrafos segundo y tercero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, también modificados por el Estatuto de la Víctima del Delito, señala que: «La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación».

Entre estos medios técnicos el artículo 731 bis LECrim menciona, especialmente cuando se trate de un menor, la videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea tanto de la imagen como del sonido.

No obstante lo anterior, no hay que olvidar que el artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial precisa que: «1. Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación. 2. Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley. 3. Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal».

Al hilo de lo anterior, tampoco hay que perder de vista la regulación genérica prevista en el artículo 433 de la LECrim referida a la declaración de testigos menores, que señala que: «En el caso de los

testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible. El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales».

La regulación ofrecida permite extraer ya una primera conclusión. La ausencia del menor víctima del delito en el acto del plenario supone, *prima facie*, eliminar las posibilidades de una victimización secundaria, si bien, debe conciliarse dicha medida con el máximo respeto de los derechos y garantías procesales en juego, entre los que destaca el principio de contradicción. (2)

2.1.3. Precedentes en la doctrina del TEDH en relación a la prueba preconstituida

Al hilo de nuestra conclusión anterior, debe señalarse que el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo consagrado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6) e implícitamente comprendido en el derecho a un proceso con todas las garantías que proclama el art. 24 CE, es ingrediente esencial del principio de contradicción, exigencia del derecho de defensa. En este mismo sentido se ha pronunciado la STEDH de 19 de febrero de 2013 (caso Gani contra España) al señalar que: «Todas las pruebas se deben normalmente practicar en presencia del acusado, en la vista pública, con el fin de que puedan ser confrontadas. Sin embargo, la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con el artículo 6 §§ 1 y 3 (d), siempre y cuando, los derechos de la defensa hayan sido respetados. Como regla, esos derechos requieren que al demandado se le dé la oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra, bien en el momento en que estuviera testificando o en una fase posterior del procedimiento (ver *Unterpertinger c. Austria*, 24 de noviembre de 1986, § 31, series A n.º 110). Cuando una condena se basa exclusivamente, o en sumo grado, en las declaraciones que haya efectuado una persona, y cuando a la persona acusada no se le ha dado la oportunidad de interrogar, o hacer interrogar, bien durante las diligencias o en el juicio, los derechos de la defensa se restringen hasta un extremo que es incompatible con las garantías que ampara el artículo 6 (ver, en particular, *Lucà c. Italia*, n.º 33354/96, § 40, TEDH 2001-II. y *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido [GC]*, n.º 26766/05 y 22228/06, § 119, TEDH 2011)».

A este respecto, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo, el TEDH manifiesta que el párrafo 1 del artículo 6, en concordancia con el párrafo 3 del mismo precepto, exige que los Estados Partes tomen todas las medidas adecuadas para posibilitar al acusado interrogar o hacer interrogar a los testigos en su contra «(ver, *Sadak y Otros c. Turquía* (n.º 1), n.º 29900/96, 29902/96 y 29903/96, § 67, TEDH 2001-VIII). Esta medida forma parte de la diligencia que deben ejercer las Altas Partes Contratantes con el fin de garantizar, de una manera efectiva, el disfrute de los derechos que ampara el artículo 6 (ver, entre otros, *Colozza c. Italia*, 12 de febrero de 1985, § 28, series A n.º 89). No obstante,

impossibulum nulla obligatio est; siempre y cuando que no se pueda acusar a las Autoridades de falta de diligencia en sus esfuerzos en conceder al demandado la oportunidad de interrogar a los testigos en cuestión, la indisponibilidad de los testigos, como tal no es óbice para interrumpir el proceso (ver Artner c. Austria, 28 de agosto de 1992, § 21, series A n.º 242-A; Mayali c. Francia, n.º 69116/01, § 32, 14 de junio de 2005; y ? c. Letonia, n.º 14755/03, § 94, 24 de enero de 2008)». (3)

Continúa diciendo el TS que tal y como recuerda nuestro Tribunal Constitucional (sentencia 174/2011 y 75/2013, 8 de abril) el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. En la delimitación precisa de cuáles hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia, § 56, y que permite especificar estos requisitos:

- a) «... quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor;
- b) debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual;
- c) debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta a través del experto, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior, indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera deben ser interrogados»
- d) Para la incorporación del resultado probatorio pre constituido al juicio oral la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo en el que se haya preservado el derecho de la defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias.
- e) Exige también que en el mismo se acredite el presupuesto de la causa legítima que impida que allí sean oídos los menores. En el caso Bocos-Cuesta contra Holanda (STEDH de 10 de noviembre de 2005) ya se dejó establecido que aunque la razón dada por los tribunales para no escuchar a las víctimas —antes oída solamente en sede policial— consistió en no obligarles a revivir una experiencia posiblemente muy traumática, ello es insuficiente si no existe indicación en el expediente de que este motivo se fundamente en prueba concreta, como, por ejemplo lo sería un dictamen pericial, aun cuando el Tribunal es consciente de que la organización de los procesos penales, de tal manera que se protejan los intereses de los testigos de muy corta edad, en particular en los procedimientos judiciales que implica delitos sexuales, es una consideración pertinente, para ser tenido en cuenta a los efectos del artículo 6, en este concreto caso, la razón dada por los tribunales de primera instancia para rechazar la petición del demandante para oír a las cuatro víctimas, no resulta suficientemente justificado y, por tanto, deriva de meras especulaciones».

De esta forma, puede comprobarse que la doctrina establecida al respecto por el TEDH es muy clara.

Por un lado, establece que la preconstitución probatoria respecto de los menores víctimas de delitos, no supone la conculcación del artículo 6 del Convenio de Roma de 1950, y por tanto entra dentro de sus parámetros siempre que se haga con los requisitos mínimos señalados por dicho Tribunal (4) que pasan básicamente por permitir la plena contradicción de las partes, aunque lo sea en una fase anterior a la vista oral.

2.1.4. Tratamiento de la cuestión por el TJUE: el «estándar Pupino»

El Estatuto de Protección a la Víctima, aprobado por Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 establecía en su artículo 8.4 que: «Los estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que estas puedan por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar este objetivo, por cualquier medio compatible con los principios fundamentales de su derecho».

En relación con esa norma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su Sentencia de 16 de junio de 2005 (asunto conocido como «caso Pupino», en el que la víctima era una niña de tan sólo cinco años de edad) señalaba que la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15/03/2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal debía interpretarse en el sentido de que «el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta».

Efectivamente, además del ya citado artículo 8.4 el artículo 2.2 de la Decisión exige lo siguiente: «Los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación», y el artículo 3: «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal».

Y por su parte, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, «exhortaba a grabar, en las investigaciones penales, las declaraciones de las víctimas que sean menores. Al objeto de emplear después dicha grabación como medio de prueba».

Así se recoge en la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo (Gran Sala) dictada en el conocido caso *Pupino*, de 16 de junio de 2005 - TJCE, 2005 , 184), al señalar que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que, como en el asunto principal, alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta.

Vemos que el TJUE sigue el mismo criterio que venimos señalando, es decir, marcar las directrices que permitan, en la medida de lo posible, evitar que los menores asistan a la vista oral para evitar su nueva victimización, si bien, de forma más centrada en la protección del menor que en la garantías procesales, que no obstante no obvia.

2.1.5. Resoluciones del Tribunal Constitucional

La primera vez que el Tribunal Constitucional trató esta cuestión fue por STC 174/2011, en la que el TC avala la utilización probatoria de la exploración de un menor de edad llevada a cabo por un experto, en sede de investigación penal, como modalidad de prueba anticipada, mediante el visionado de su grabación en el acto del juicio oral. Evidentemente, dicha utilización probatoria quedaba condicionada al respeto de la garantía de contradicción, ofreciendo a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir, directa o indirectamente, a través de expertos, las preguntas o aclaraciones que estime convenientes.

En una segunda ocasión, la STC 57/2013 analiza nuevamente este asunto. En este caso, el demandante de amparo había sido condenado como autor de seis delitos de abuso sexual. El relato de hechos probados describía que el acusado, aprovechando su condición de profesor de psicomotricidad en un colegio público, hizo objeto de diferentes tocamientos en la zona púbica o los genitales a seis niñas, de edades comprendidas entre los cuatro y seis años. La condena se basó, como prueba principal, en la exposición de los hechos efectuada por las niñas, en fase de instrucción, ante los miembros del Equipo Psicosocial del Juzgado, los cuales dirigieron la exploración y la grabación en soporte audiovisual, reproducida posteriormente en el acto del juicio oral.

Además de la declaración de las niñas, la sentencia tuvo en cuenta las declaraciones de los progenitores de las menores que describieron lo que las menores les habían contado, junto a las declaraciones de las profesoras de las niñas, y la declaración en el juicio oral de la psicóloga y la trabajadora social que, en fase sumarial, elaboraron el Informe pericial psicológico, y que se pronunciaron sobre la credibilidad de las manifestaciones de las niñas.

Así, el TC descartó que existiera vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24.2 CE, sobre la base de aplicar la doctrina fijada en la anterior STC 174/2011, que, como hemos referido, admitió la validez constitucional de la modulación de la garantía de contradicción en las declaraciones de menores de edad víctimas de abuso sexual.

Al mismo tiempo, esta sentencia del TC, en concordancia con la jurisprudencia del TEDH, destaca las claves para estimar garantizada la contradicción en estos casos: a) conocer la existencia de la exploración, b) acceder a su contenido mediante su grabación audiovisual y c) tener la posibilidad procesal de cuestionarla, durante su realización o en un momento anterior.

En este caso, el TC denegó el amparo solicitado por el profesor condenado, basando dicha conclusión en diversos aspectos que conforman la doctrina aplicable a estos casos. En primer lugar el apoyo legal existente para proceder a la exploración de las menores a través de expertos en el artículo 443 LECrim. Además, la procedencia de dicha práctica debido a la corta edad de las niñas (entre 4 y 6 años), lo que suponía su adecuada protección, y el contenido del Informe psicosocial que, además, fue puesto a disposición de todas las partes. Por su parte, en este caso, la defensa no solicitó una nueva exploración de las niñas, ni en su escrito de defensa propuso como prueba sus declaraciones en el juicio oral. Por todo ello, el TC concluyó que el recurrente tuvo posibilidad

suficiente de ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción, pues las exploraciones de las niñas fueron grabadas en video, recogidas en el Informe psicosocial y puestas a disposición de la defensa, quien conocía su contenido y pudo, por tanto, cuestionar las manifestaciones de las niñas.

Como puede constatarse, ambas sentencias fijan un estándar mínimo de validez constitucional de las declaraciones de los menores de edad, que es conforme con la jurisprudencia elaborada por el TEDH, de cuya doctrina dan cumplida cuenta. La doctrina constitucional avala que la grabación de la entrevista practicada durante la fase de investigación, pueda ser incorporada como prueba en el plenario, y su visionado sustituya la declaración personal de las niñas y niños en el acto del juicio oral. En todo caso, tratándose de un estándar mínimo, ello no impide que en la práctica judicial la exploración de niños y niñas víctimas de abuso sexual, a través de terceros expertos, se lleve a cabo mediante su preconstitución probatoria, en sede sumarial, a presencia del Juez instructor y de las partes, incluida la defensa del imputado. En realidad, esta preconstitución probatoria, acompañada de la grabación audiovisual de las entrevistas, sería no solo deseable sino absolutamente recomendable. Preconstitución probatoria que tiene, como ya se ha dicho, adecuada previsión normativa en el artículo 433, en relación con el artículo 448, último párrafo, ambos de la LECrim.

La doctrina del Tribunal Constitucional, acogiendo una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, condiciona la legitimidad de la exclusión de la presencia del menor en la vista del juicio oral estableciendo como presupuesto genérico que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que por lo tanto, en caso de no existir dicha motivación, será imprescindible su presencia en el proceso.

En este sentido, la STS 579/2019, que posteriormente analizaremos, fija precisamente los parámetros imprescindibles que deben tenerse en cuenta para evitar la presencia del menor en la vista oral, y alcanzar una solución u otra. Así, el Alto Tribunal considera que la legitimidad de esa causa pasa por ponderar el derecho fundamental a la defensa del acusado con otros intereses y derechos dignos de protección, de tal suerte que tal ponderación permita modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, de modo que tales supuestos excepcionales deberán resultar debidamente justificados en atención a esos fines legítimos. Entre aquellos intereses se señala la necesidad de preservar la estabilidad emocional del menor y su normal desarrollo personal a proteger del riesgo de grave alteración con la inserción del menor en el entorno del procedimiento penal. Más, si cabe, cuando se le sitúa en el fragor del debate contradictorio de las partes durante las sesiones de la vista del juicio oral», añadiendo que la naturaleza del delito cometido es una referencia obligada en estos casos.

Pero además, dicha resolución añade algo que considero imprescindible para el caso que ahora nos ocupa, al señalar que «todo lo cual se traduce en la exigencia de razones fundadas y explícitas, generalmente contenidas en un informe psicológico (como es el caso), sobre un posible riesgo para los menores, concreto y cuya entidad ha de determinarse, en caso de comparecer y verse sometidos al interrogatorio de las partes (STS n.º 366/2016 de 28 de abril y STS 598/2015)»

Pero al mismo tiempo, dicha posibilidad debe ser tomada en consideración sin que por ello, al

acusado se le pueda privar de poder ejercer su derecho de defensa en toda su plenitud, y por ello, como recuerda el TS «los órganos judiciales están obligados a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral», observando asimismo la madurez y las concreta personalidad del menor víctima del delito.

Añade el TS que también es razonable no prescindir de la presencia en la vista del juicio oral, si en éste cabe adoptar cautelas que garanticen la consecución de los fines legítimos de protección del menor porque conjuren aquellos riesgos, como pudieran ser biombos, o bien la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia.

2.1.6. Jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo

Como veremos a continuación, el Tribunal Supremo ya venía adoptando dichos criterios en resoluciones anteriores a la que ahora analizaremos.

Tal y como se ha referido, es la STS 96/2009, de 10 de marzo, la que inicia una línea jurisprudencial que permite acudir a la prueba preconstituida más allá de los supuestos tradicionalmente admitidos como «peligro de muerte de un testigo o su ausencia en nuestro país durante tiempo indefinido» (5) si bien, es importante subrayar que respecto de la decisión mayoritaria, D. José Maza Martín emitió un voto particular en el que advierte de lo peligroso de esta decisión en cuanto a la quiebra de la regla general que produce en el sistema de garantías establecido para el ejercicio del derecho de defensa.

En el mismo sentido, pero más recientes, pueden citarse la STS 750/2016 de 11 de octubre, señala que la presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria, pero al mismo tiempo subraya que ello no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico. (6)

De esta forma, esta sentencia justifica la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción en los supuestos de menores víctimas de determinados delitos, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, pero ello debe entenderse cuando sea previsible en cada caso que dicha comparecencia pueda ocasionarles daños psicológicos, que deberán ser seriamente constatados.

En el mismo sentido, la STS 538/2018 de 8 Nov. 2018, señala que:

«En cuanto a la declaración de los menores, el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que la declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba. Y, en el artículo 707, se dispone que la declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la

práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado».

Y añade que, «con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación. Y, en el artículo 730, que podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección. Normas orientadas, pues, a evitar en la medida de lo posible la victimización secundaria de las víctimas menores de edad, mediante la reducción del número de las ocasiones en las que la víctima menor de edad es sometida a interrogatorio, garantizando al tiempo los derechos del acusado, especialmente los referidos a la defensa y relacionados con la vigencia efectiva del principio de contradicción. Todo lo cual tiene especial incidencia en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, fundamentalmente cuando se trata de abusos o agresiones sexuales». (7)

Y vuelve a señalar el TS que «cuando existan razones fundadas y explícitas (informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer), puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Pero ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicada en fechas próximas a las de ocurrencia de los hechos perseguidos».

Más recientemente, la STS 178/2018, de 12 de abril, reitera dicha línea jurisprudencial que exige constatar dicha necesidad de evitar la presencia del menor en el proceso procediendo a la preconstitución probatoria, al señalar que:

«Este Tribunal Supremo ha expuesto el marco normativo y jurisprudencial en que ha de valorarse la pertinencia y utilidad de las declaraciones de menores, cuando aquellas declaraciones solamente se efectúan fuera del marco de la vista del juicio oral, puedan enervar la garantía constitucional de presunción de inocencia. Como recuerda nuestra STS n.º 470/2013 de 5 de junio, los supuestos que permiten prescindir de dicha declaración en el juicio concurren cuando existan razones fundadas y explícitas para apreciar un posible riesgo para la integridad psíquica de los menores en caso de comparecer (acreditadas a través de un informe psicológico, ordinariamente), valorando el Tribunal sentenciador las circunstancias concurrentes, singularmente la edad de los menores».

Pero asimismo recuerda la STS 632/2014, de 14 de octubre que no se puede, ni se debe, sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por la regla general contraria cuando se trate de menores, y por ello, «la regla general debe ser la declaración de los menores en el juicio, con el fin de que su declaración sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal

sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando el derecho de defensa»

Y ya para finalizar, la STS 19/2013 de 9 de enero, pone de manifiesto que «nuestra jurisprudencia no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad».

De todo lo expuesto hasta aquí, podemos concluir que la línea que sigue el TS es idéntica a la mantenida por el TEDH, TJUE y TC, y que puede expresarse de forma sintética en tres premisas fundamentales:

- 1^a.- Es inexcusable que las víctimas de delitos citadas como testigos para prestar declaración en la vista oral asistan a la misma para cumplimentar los principios de inmediatez y contradicción. Es más, esa es la regla general también para los menores víctimas de delitos, y solo de forma excepcional podrán ser dispensados de esta obligación. (8)
- 2^a.- En el caso de menores de edad, y según la naturaleza del delito, siempre que haya razón que lo justifique, que pudiera ser un informe psicológico u otra razón que acredite fehacientemente el perjuicio que supondría dicha asistencia a la vista oral, podrán declarar en la fase de instrucción mediante la preconstitución probatoria que, bajo los requisitos legales establecidos, podrá introducirse en el plenario a través de la visualización de la grabación efectuada previamente.
- 3^a.- El hecho de que el menor víctima de delito, no esté presente en la vista oral, y se aporte su declaración previa con los requisitos ya señalados, no supone una merma en el ejercicio del derecho de defensa.

3. COMENTARIO A LA STS 579/2019, DE 26 DE NOVIEMBRE

3.1. Cuestión a debatir

En el caso tratado en esta sentencia, el recurrente alega que no pudo interrogar a la denunciante en el juicio oral a pesar de haberlo solicitado en forma en el momento procesal oportuno, reiterar la petición en el juicio oral como cuestión previa y efectuar el oportuno protesto. Motiva dicha pretensión, por cuanto el informe psicológico del EAT no pone reparos para que la menor testifique en el juicio oral, que únicamente recomienda que en caso de tener que declarar en el acto de la vista oral, lo haga sin mantener contacto visual directo con el acusado.

La menor a fecha de juicio oral tenía 17 años, y dicha asistencia a juicio para declarar como testigo lo había solicitado el MF y la defensa en sus escritos de acusación y defensa, reproduciendo la petición como cuestión previa en el acto de juicio oral por parte de la defensa, siendo denegada dicha comparecencia por el Tribunal, formulando el oportuno protesto por supuesta vulneración del artículo 24 de la CE y artículo 6 CEDH en los que se recoge el derecho del acusado a oír los testimonios en contra y formular preguntas al testigo de cargo, el tribunal lo haya denegado sin motivación alguna, creando indefensión a mi patrocinado y vulnerando sus más elementales derechos.

Con ello, tal y como la propia sentencia señala, «el debate se centra en conciliar el derecho de los menores a que no se les victimice con una nueva repetición de su declaración ya efectuada en la fase de instrucción con el derecho de defensa de la parte acusada a interrogar a los menores».

3.2. Solución alcanzada por el Tribunal Supremo

El Tribunal dio respuesta a la petición de declaración de la menor señalando que: «Esta Sala, previa deliberación, desestimó la cuestión planteada por la defensa, por los mismos motivos que ya se indicaron en el auto de inadmisión de la declaración personal de la víctima, menor de edad, para evitar la victimización secundaria, con base a los arts. 730 y 448 de la LECrim en relación con el art. 26 del Estatuto de la Víctima, acordando la práctica de la prueba preconstituida escuchando la grabación practicada por el equipo de asesoramiento técnico penal».

Y tras indicar que la prueba preconstituida se llevó a efecto con las garantías legales puntualiza que: «Indicar que no es necesario para la determinación de la necesidad de la practicar la prueba preconstituida ampararse en ningún informe psicológico previo».

El TS concluye dicha cuestión señalando que «la respuesta que debe darse al cauce invocado por el recurrente en el motivo 1º, que lo reitera en el motivo n.º 2 «al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incidiendo en la inobservancia del artículo 24 de la Constitución Española, al no acceder el Tribunal sentenciador a la petición de la defensa a la diligencia de prueba planteada y suspensión del juicio oral para realizar la prueba debe ser la de la nulidad del juicio y de la sentencia, a fin de que otro Tribunal distinto celebre el juicio con la presencia de la menor, a fin de poder interrogarle el letrado de la defensa garantizando su derecho de defensa y la debida contradicción, toda vez que al contrario de lo que se afirma en la sentencia, para dar vía a la aplicación de los preceptos que protegen a los menores para evitar la victimización secundaria sí que se exigía un informe técnico que validara ese alegado perjuicio del menor en su comparecencia en el plenario, y que ello se hubiera acompañado de una resolución motivada que validara, asimismo, la incomparecencia y el uso de la prueba preconstituida grabada, mediante su reproducción en el plenario».

El Tribunal Supremo considera que no se trata de confrontar una posible victimización secundaria de los menores por el hecho de declarar en la vista oral y una posible vulneración del principio de contradicción y el derecho de defensa de interrogar a los menores en el juicio, sino que lo que el TS señala que «se trata de realizar el ejercicio de ambos derechos por sus cauces correctos y sin provocar merma alguna en los mismos por un uso incorrecto de uno de ellos que cause perjuicio al otro, pudiendo destacar que cuando se lleve a cabo un uso motivado y fundado del derecho de las víctimas a no declarar en el plenario por haberse conformado la prueba preconstituida y con posterior informe técnico que aprecie la victimización y auto del juez que lo acuerde no se entenderá invadido y afectado el derecho de la defensa a interrogar a los menores en el plenario».

Además de destacarse por esta sentencia, acudiendo al caso concreto, de cuestiones tales como el delito cometido (contra la libertad sexual), edad de la víctima en el momento del juicio (17 años), y los parámetros tenidos en cuenta para atender a la «posible victimización», que subraya que no se

trata de un derecho consustancial, hacen que el TS alcance la conclusión de que «no es correcta, por ello, la aseveración del Tribunal en la sentencia de que no es necesario para la determinación de la necesidad de la practicar la prueba preconstituida ampararse en ningún informe psicológico previo, ya que este informe, o bien cualquier otro dato objetivable de relevancia, era preciso para evitar la comparecencia, y, además, resolución motivada, escrita u oral, en cualquier momento anterior a la práctica de la prueba que explique y avale la incomparecencia con el soporte del informe técnico, pero nunca sin él. Si no se verifica de este modo queda afectado el principio de contradicción y el derecho de defensa, y se atenta con la obligación de que las pruebas se practiquen en el plenario».

En base a los argumentos expuestos, el TS declara la nulidad del juicio oral y de la resolución sobre la admisión de la prueba, y retrotrae las actuaciones a dicho momento, para que la causa sea nuevamente juzgada por un Tribunal formado por nuevos Magistrados, anulando asimismo la sentencia recaída.

3.2.1. Fundamentos jurídicos

La sentencia analizada, con cita de la STS **598/2015 de 14 de octubre**, sintetiza los pilares argumentales que deben observarse en esta materia, que son los siguientes:

En primer lugar, recuerda, que sobre dicha materia existe una doctrina consolidada en el sentido que hemos venido refiriendo en este trabajo, es decir, no es una cuestión novedosa que haya supuesto un nuevo giro en la jurisprudencia del TS.

Obviamente, una de las cuestiones principales es el necesario respeto de las garantías procesales, y señala que «por relevante que sea el bien jurídico que pretenda tutelarse, en ningún caso se puede justificar el prescindir de las garantías fundamentales del derecho de defensa, que constituyen las bases esenciales de nuestro sistema jurídico».

Así, el TS concluye que no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho que la víctima sea un menor de edad, esto es, la presencia de un niño en el proceso no permite un debilitamiento de las garantías procesales y en todo caso la preconstitución probatoria dependerá de las circunstancias concurrentes, en suma, no debe considerarse sustitutiva de la declaración en juicio en todo caso. Por tanto, cabe señalar como regla que no cabe prescindir de la presencia del testigo en el juicio oral «ni optar por la regla general contraria cuando se trate de menores».

La propia sentencia 579/2019, analizada se hace eco de la normativa internacional y las resoluciones al respecto del TEDH, TJUE y por ende el Tribunal Constitucional al respecto, en el mismo sentido en el que han sido apuntadas en el epígrafe correspondiente de este trabajo, entre las que destaca las SSTEDH de 20 noviembre 1989 caso Kostovski, 15 de junio de 1992 caso Lüdi, 23 de abril de 1997 caso van Mechelen y otros, 10 de noviembre de 2005 caso Bocos-Cuesta, 20 de abril de 2006 caso Carta, añadiendo como resoluciones paradigmáticas en lo que a menores víctimas de delitos sexuales se refiere, en los que la única prueba directa es la declaración del menor, las SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P.S. contra Alemania; 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta contra Holanda; 24 de abril de 2007, caso W. contra

Finlandia; 10 de mayo de 2007, caso A.H. contra Finlandia; 27 de enero de 2009, caso A.L. contra Finlandia; 7 de julio de 2009, caso D. contra Finlandia; o, finalmente, la más reciente de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia).

Continúa el Alto Tribunal con una pedagógica mención de los requisitos que son exigidos por el TS y por el propio TS, sobre el valor probatorio de las diligencias sumariales para enervar la presunción de inocencia, recordando que «como regla general, únicamente son las pruebas practicadas en el juicio oral, aunque se admiten excepciones que permiten conferir validez como prueba de cargo a la prueba preconstituida en fase sumarial bajo ciertos presupuestos y requisitos:

- a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral;
- b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción;
- c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y
- d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, o si la disponibilidad de medios tecnológicos lo permite, mediante el visionado de la grabación de la diligencia, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron directamente en el juicio oral. En cuanto a si en el caso de menores existe causa legítima que impida su declaración en juicio oral, como regla general, el menor, como cualquier testigo, debe declarar en juicio oral sin perjuicio de que se adopten las medidas de protección oportunas (art. 707 LECrim) para preservar su incolumidad psíquica, sin perjuicio de lo que se señala a continuación».

Refiriéndose en concreto a la imposibilidad de practicar la prueba en el juicio oral prevista en el artículo 448 LECrim, reitera el criterio ya consolidado de que dicha previsión solo es posible en determinados supuestos como cuando se trata de menores víctimas de delitos sexuales y con el fin de evitar los riesgos de su victimización secundaria «cuando sea previsible que dicha comparecencia en juicio puede comportar daños psicológicos, lo cual es razón suficiente y fundada para justificar la ausencia del juicio oral, pero que debe ser explícita y acreditada ordinariamente mediante un informe psicológico que alerte de un posible riesgo para los menores en caso de comparecer y verse sometidos al interrogatorio de las partes, aunque salvaguardando siempre el derecho de defensa del acusado, sustituyendo la presencia en juicio por el visionado de la grabación de la exploración realizada en la fase de instrucción en cuyo desarrollo se debe haber dado intervención a las partes para formular las preguntas y aclaraciones que estimen necesarias».

Alaba la resolución las ventajas que supone acudir al expediente de la preconstitución probatoria, por las razones ya expuestas «no sólo victimológicas sino epistémicas que aconsejan dicha práctica, ya que se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación, a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de

niños de corta edad».

Y añade que «la intervención de un experto en la exploración tiene un valor especial y añadido aunque resulta renunciable si el juez decide estar presente junto con las partes en el interrogatorio. En suma la preconstitución probatoria impide la contaminación del material probatorio y asegura desde el primer momento una prueba de especial fragilidad cual es el testimonio de niños, con pleno respeto del principio de contradicción, lo que permite además una mayor y eficaz tutela de la víctima menor de edad en coherencia con las normas nacionales e internacionales antes citadas».

Finalmente analiza los principios de contradicción de la instrucción y la del plenario, refiriendo que «como apunta la mejor doctrina, por más que en la prueba preconstituida se garantizase la contradicción, se trata de una **contradicción limitada y no equivalente a la propia del juicio oral**. La plena contradicción sólo es posible en el juicio oral, pues sólo en ese momento se dispone de la hipótesis acusatoria formalizada y se conoce el contenido de los elementos investigativos empleados para construirla, así como el listado de los medios de prueba propuestos para verificarla. La contradicción en la prueba sumarial preconstituida es de distinta clase, pues se produce cuando existe una simple inculpación, generalmente vaga, por cuanto el acto investigativo esencial tanto para delimitar debidamente dicha inculpación como para apoyarla tendrá lugar precisamente en este acto de preconstitución».

3.2.2. Doctrina establecida por el Tribunal Supremo a raíz de la STS 579/2019, de 26 de noviembre

La STS 579/2019, introduce los principios o reglas a tener en cuenta a la hora de decidir sobre la incomparecencia de los menores en el plenario cuando ya se ha conformado la prueba preconstituida en la instrucción, y al objeto de evitar la victimización secundaria de los menores, que por su indudable interés, cito literalmente:

*«1. Es regla general en nuestro derecho procesal la necesidad de que los Tribunales deben velar por la **observancia del principio de contradicción relacionado con el derecho de defensa**, en virtud del cual el letrado de la defensa tiene derecho a interrogar en el plenario a quien alega ser víctima de un hecho delictivo.*

*2. **El derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo consagrado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6) e implícitamente comprendido en el derecho a un proceso con todas las garantías que proclama el art. 24 CE, es ingrediente esencial del principio de contradicción, exigencia del derecho de defensa.***

*3. **La regla general debe ser la declaración de los menores en el juicio, con el fin de que su declaración sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando el derecho de defensa.***

*4. **Que se garantice el principio de contradicción en la fase de instrucción no quiere decir que la defensa renuncie a este principio en la fase de plenario.***

*5. En principio **el menor debe declarar como cualquier testigo tanto en fase de instrucción***

como en el juicio oral, sin perjuicio de que se adopten las medidas de protección que prevé el Estatuto de la Víctima (arts. 25 y 26), la LOPJ (art. 229) y la LECrim. (arts. 325 y 707). La presencia de un menor víctima del delito no supone una derogación de las garantías procesales.

6. Si opta por recurrirse a la prueba preconstituida es relevante que en la práctica de la diligencia se respete escrupulosamente el principio de contradicción y el derecho de defensa, hasta el punto que esta cuestión es la que ha suscitado el mayor número de nulidades procesales.

7. La relevancia de las declaraciones de los menores víctimas del delito —especialmente en el caso de delitos contra la libertad sexual— es indudable, máxime si se tiene en cuenta el singular contexto de clandestinidad en el que se producen este tipo de conductas, por lo que de ordinario suele tratarse de la única prueba directa de cargo.

8. Por más que en la prueba preconstituida se garantizase la contradicción, se trata de una contradicción limitada y no equivalente a la propia del juicio oral. Que se haya practicado una prueba preconstituida no quiere decir que se cercena el derecho de una de las partes de pedir que esa declaración se lleve al plenario, en base al principio de concentración de la prueba en el plenario y derecho de contradicción aplicable al juicio oral.

9. La plena contradicción sólo es posible en el juicio oral, pues sólo en ese momento se dispone de la hipótesis acusatoria formalizada y se conoce el contenido de los elementos investigativos empleados para construirla, así como el listado de los medios de prueba propuestos para verificarla.

10. Existe una regulación protectora en la metodología de la declaración de los menores en los arts. 433, 448, 707, 730 LECrim, así como una regulación normativa que propugna evitar la victimización secundaria de la víctima en el proceso penal a la hora de prestar declaración, como la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmada por España el 12 de marzo de 2009, La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, artículos 11. 2, 13 y 17, La Ley 204/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito, Artículos 19, y 26.

11. No se avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. Este no es un principio o una máxima que por sí misma y considerada objetivamente cercene y altere el derecho de defensa.

12. Cuando existan razones fundadas y explícitas puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Ello podrá obtenerse bien por un informe que avale que la presencia en el plenario de la menor puede afectarle seriamente, o bien por cualquier otra circunstancia que permite objetivar y avalar por el Tribunal la existencia del perjuicio del menor de declarar en el juicio oral, por lo que no existe una especie de «presunción de

victimización secundaria», sino que ésta debe reconocerse cuando el Tribunal pueda **«ponderar» y valorar las circunstancias concurrentes en cada caso** y estar en condiciones de que, objetivamente, quede constancia de que prima esta vía por encima del principio de contradicción mediante el interrogatorio en el plenario, y no solo con la prueba preconstituida.

13. Es cierto que **se justifica la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción en los supuestos de menores víctimas de determinados delitos,** con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, pero ello debe entenderse cuando sea previsible en cada caso que dicha comparecencia pueda ocasionarles daños o afectación de su presencia en el plenario cuando ya declaró en sede de instrucción. Además, obvio es decirlo, tal previsión ha de ser seriamente constatada.

14. Pero también lo es que **esta opción de la prueba anticipada no puede serlo «a cualquier precio» por el dato objetivo de la razón de la minoría de edad de los testigos sin mayor justificación o fundamento.**

15. La forma de acudir a esta viabilidad de prescindir de la presencia de los menores en el juicio y darle «carta de naturaleza» es la **exigencia de razones fundadas y explícitas de «victimización»,** cuya entidad ha de determinarse, en caso de comparecer y verse sometidos al interrogatorio de las partes en el juicio oral.

16. La ponderación exige atender a las circunstancias del caso concreto. Muy particularmente la **edad del menor, pero también la madurez del mismo y demás condiciones concretas de su personalidad.** Con ello, la **edad del menor «al momento de la celebración del juicio oral» es un dato importante a tener en cuenta,** no cuando ocurren los hechos que son objeto de enjuiciamiento.

17. Es razonable no prescindir de la presencia en la vista del juicio oral, si en éste cabe adoptar cautelas que garanticen la consecución de los fines legítimos de protección del menor porque conjuren aquellos riesgos.

18. La ponderación del Tribunal en razón a la no comparecencia del menor debe motivarse debidamente de forma que éste pueda otorgar a los menores, llegado el caso concreto donde quede justificado, el amparo que les confiere la reforma contenida en el Estatuto de la víctima en el proceso penal referido a los menores.

19. **No dándose estas circunstancias el letrado de la defensa podrá sostener la indefensión material por indebida denegación de prueba,** y corolaria vulneración de la tutela judicial efectiva.

20. **Conclusión:** Cuando se lleve a cabo un uso motivado y fundado del derecho de las víctimas a no declarar en el plenario por el Tribunal por haberse conformado la prueba preconstituida y con posterior informe técnico, o razones fundadas y apreciadas motivadamente por el Tribunal, atendido el caso concreto, que aprecie la victimización, esta motivación del Juez o Tribunal, bien

en el auto de admisión de pruebas, bien en cualquier otro momento posterior, no se entenderá invadido y afectado el derecho de la defensa a interrogar a los menores en el plenario».

3.2.3. ¿Cambio de criterio?

A la vista de la doctrina que se ha venido exponiendo, y puesta en relación con la jurisprudencia ya consolidada que sobre dicha materia poseen los Tribunales de referencia en esta materia, y que ha sido analizada a lo largo de estas páginas, queda más que acreditado que no se ha producido ningún cambio de criterio en la postura que venía manteniendo el Tribunal Supremo sobre dicha cuestión, más allá de, quizás, corregir cierta laxitud en las exigencias para preconstituir la prueba en supuestos de menores víctimas de delitos (especialmente sexuales) que algunos Tribunales podían venir adoptando.

En definitiva, siguen rigiendo en esta materia los mismos criterios que se recogían en otras resoluciones dictadas por el TS, y que pasan por recurrir a la preconstitución probatoria en supuestos excepcionales y no al revés, es decir, que la regla general es la de exigir la presencia del menor en la vista oral, con las medidas necesarias para evitar confrontación con el acusado, y acudir a dicha posibilidad cuando se acredite de forma fehaciente, bien mediante un informe psicológico u otro modo solvente, el más que probable perjuicio del menor, atendidas las circunstancias concurrentes en cada caso. En caso de acudir a la prueba preconstituida, lo será atendiendo al expediente disciplinado en la LECrim y la jurisprudencia más autorizada y que ha sido citada en el presente trabajo sin que ello pueda suponer una merma en el ejercicio del derecho de defensa.

4. CONCLUSIÓN

A la vista de lo expuesto hasta aquí, y sin perjuicio de dar por reproducidas aquí las propias conclusiones que la STS 579/2019 refiere, y que han sido reproducidas de forma literal, cabe destacar, de forma añadida, las siguientes conclusiones:

- 1^a.- A partir de la aprobación por la ONU de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se fueron elaborando diversos instrumentos internacionales que vieron la luz de forma sucesiva tanto en esta ámbito universal de Naciones Unidas como en ámbitos más regionales como el Consejo de Europa o Unión Europea tal y como hemos visto, inspirados todos ellos en un objetivo común, la protección de los menores como víctimas de delitos como colectivo especialmente vulnerable que necesita la máxima protección.
- 2^a.- Al hilo de esta idea común, y para el caso que nos ocupa, uno de los mecanismos dirigidos a cumplimentar esta finalidad se ha materializado en permitir que los menores que hayan sido víctimas de delitos, especialmente los delitos relacionados con la indemnidad sexual, puedan declarar en fase sumarial mediante la preconstitución probatoria, que con los requisitos necesarios permita su introducción en el proceso penal sin que el menor deba estar presente en las sesiones del juicio.
- 3^a.- Dos razones fundamentan dicha posibilidad. En primer lugar, evitar la victimización secundaria, y en segundo lugar, y debido al habitual retraso en la celebración del juicio, evitar una distorsión

del contenido de dichas declaraciones por el paso del tiempo.

- 4^a.- Los Tribunales de justicia en los diversos ámbitos en los que tiene cabida dicha materia, es decir, el TEDH, el TJUE, el TC y el TS, vienen admitiendo dicha posibilidad, afirmando que dicha preconstitución probatoria no infringe la regulación aplicable al caso, ni vulnera el ejercicio de las garantías procesales, siempre que dicha práctica cumpla los requisitos necesarios. Es precisamente la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 2005, conocida como «caso Pupino» la que fija los criterios o el «estándar mínimo» para que pueda prescindirse del menor víctima del delito en las sesiones del juicio oral introduciendo su declaración testifical en el proceso mediante la preconstitución probatoria de dicha declaración.
- 5^a.- Sigue la estela de esta resolución, diversas resoluciones tanto del TC como del TS, que se pronuncian en el mismo sentido, las cuales hacen hincapié en que deben existir razones de peso y constatadas de forma fehaciente de que la asistencia a juicio del menor a prestar declaración provocará un perjuicio grave al menor.
- 6^a.- Es precisamente este requisito, es decir, que se acredite dicho perjuicio al menor, el que, a mi juicio ha sido interpretado, en algunas ocasiones, con cierta relajación, lo que ha permitido que algunos Tribunales hayan considerado que la norma general era que el menor no declarara en la vista y se acudiera a la prueba preconstituida, cuando en realidad, como bien recuerda la STS 579/2019 es al contrario.
- 7^a.- Únicamente en el supuesto en el que se acredite (mediante el informe psicológico u otro medio de eficacia semejante), dicha probabilidad como altamente probable es cuando se permite que el menor declare en fase sumarial, preconstituyendo la prueba con los requisitos obligados (presencia del juez, citación de las partes para que puedan preguntar y cumplimentar así el principio de contradicción), pueda surtir efecto posteriormente mediante su introducción en la vista, bien visionando la grabación o mediante su lectura.
- 8^a.- Puede concluirse, por tanto, que no se ha producido un cambio de criterio en la línea jurisprudencial consolidada por el TC y el TS en dicha materia, sino más bien, una llamada de atención a posibles supuestos de una muy laxa interpretación de lo que debe ser la valoración del perjuicio al menor en caso de asistir a las sesiones del juicio.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BARJA DE QUIROGA, J (Director). Código Penal con jurisprudencia sistematizada. 6ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.
- DÍEZ RIAZA, S. / DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. Nuevo valor de la prueba preconstituida en los procesos penales con menores víctimas (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009). Artículo publicado en la revista Diario La Ley, n.º 7430, Sección Tribuna, 23 de junio de 2010.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.) Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Tirant lo Blanch.

Valencia, 2016.

— GONZÁLEZ CUSSAC, J. (Coord.) Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

— JUANES PECES, A. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias. Editorial Lefebvre El Derecho. Madrid, 2016.

— LUZÓN CUESTA, J.M. Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. 19ª edición. Editorial Dykinson. Madrid, 2015.

— LUZÓN PEÑA, D.M. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 3ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.

— MAGRO SERVET, V. Necesidad de la práctica de la prueba preconstituida con menores de edad en el Juzgado de Instrucción en los delitos de agresiones sexuales. Artículo publicado en La Ley Penal, n.º 64, de 2009.

— MAQUEDA ABREU, M.L. / LAURENZO COPELLO, P. El Derecho Penal en casos. Parte General. Teoría y Práctica. 5ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.

— MARCHENA GÓMEZ, M. / GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015. Ediciones jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.

— MONTERO AROCA, J. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

— MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal. Parte General. 9ª edición.

Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

— MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

— RIFÁ SOLER, J.M / RICHARD GONZÁLEZ, M. El proceso penal práctico. Comentarios. Jurisprudencia. Formularios. Editorial Wolters Kluwer. Las Rozas (Madrid), 2017.

— RIVES SEVA, A.P. (Dir) La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

— ROXIN, C. Derecho Penal. Parte General. Tomos I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas. Elcano (Navarra), 1997, pp. 342 y ss.

— ROXIN, C. Derecho Penal. Parte General. Tomos II. Formas de aparición del delito. Editorial Civitas. Elcano (Navarra), 2014.

— SÁNCHEZ MELGAR, J. Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo I. Editorial Sepin.

Madrid, 2016.

-
- (1) Igualmente, y con el afán de no excederse en el apunte de dicha normativa pueden citarse otros instrumentos europeos sobre la materia como la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 5 de abril de 2011, *relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*, así como la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, *relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo*.
- Ver Texto
- (2) Cabe mencionar aquí, que la Decisión Marco 2001/220/JAI, provocó la modificación de los artículos 433, 448, 707 y 731 bis referidos de la LECrim, mediante la Ley 8/2006, de 4 de diciembre de modificación de la ley procesal, y que al objeto de su interpretación es interesante el estudio que a tal efecto se efectuó por la Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado.
- Ver Texto
- (3) Del mismo modo se ha pronunciado la STS 132/2018 de 20 de marzo.
- Ver Texto
- (4) Ampliamente expuestas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, han de observarse, las SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; 23 de abril de 1999, caso Van Mechelen y otros, § 51; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta, § 68, y de 20 de abril de 2006, caso Carta, § 49 y 19 de julio de 2012, caso Hümmer c. Alemania, § 38.
- Ver Texto
- (5) DÍEZ RIAZA, S. / DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. Nuevo valor de la prueba preconstituida en los procesos penales con menores víctimas (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009). Artículo publicado en la revista Diario La Ley, n.º 7430, Sección Tribuna, 23 de junio de 2010, p. 3.
- Ver Texto
- (6) En el mismo sentido se han pronunciado las SSTS 96/2009, 10 de marzo; 593/2012, 17 de julio; 743/2010, 17 de junio y ATS 1594/2011, 13 de octubre.
- Ver Texto
- (7) En el mismo sentido la STS 415/2017, de 8 de junio; STS 735/2015, de 26 de noviembre; STS 401/2015, de 17 junio; STS 71/2015, de 4 de febrero; STS 96/2009, de 10 de marzo; STS 743/2010, de 17 de junio; STS 925/2012, 8 de noviembre; STS 593/2012, de 17 de julio y STS 19/2013, de 9 de enero, entre otras.

[Ver Texto](#)

(8)

En este mismo sentido se ha pronunciado MAGRO SERVET, V. Necesidad de la práctica de la prueba preconstituida con menores de edad en el Juzgado de Instrucción en los delitos de agresiones sexuales. Artículo publicado en La Ley Penal, n.º 64, de 2009, p. 6.

[Ver Texto](#)

Xavier Abel Lluch «In personam»

«Lo más importante en la formación de un Juez es el trato cortés y educado con los profesionales y la capacidad de escuchar activamente a las partes, y la prudencia y motivación en la toma de decisiones»



Hablamos con el **Dr. Xavier Abel Lluch**, Magistrado, fundador y Presidente de la Plataforma Familia y Derecho, que postula una justicia de familia especializada y ágil con el fin de paliar muchos de los efectos adversos de las crisis familiares y uno de los autores más destacados en el estudio de la prueba y el derecho probatorio, fundador y Vice-Presidente de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio.

Como pone de relieve el entrevistado, a su juicio los principales desafíos probatorios que actualmente tienen ante sí los juzgados de familia son:

- La aportación de pruebas “electrónicas” a través de documentales preconstituidas y en especial la aportación, hoy tan frecuente, de WhatsApp, sms y correos electrónicos, y su impugnación;
- La valoración de los dictámenes periciales psicológicos –los llamados dictámenes de especialistas en la terminología del artículo 92.9 CC-, esto es, tanto el dictamen de especialistas como la pericial psicológica a instancia de parte, con posibilidad de declaración conjunta de los peritos autores de los

dictámenes en el acto de la vista. Dictámenes especialmente convenientes cuando se discute la custodia compartida o cuando existen relaciones tensas entre progenitores; y

- La audiencia del niño, niña y adolescente, conjugando el derecho de defensa de las partes y el derecho a la intimidad del niño, niña y adolescente en el acta de la audiencia (STC 9 de mayo de 2019). Audiencia en la que es importante informar al niño, niña y adolescente de su finalidad y desarrollo para liberar-lo de tensiones, puesto que ellos no entienden de obligaciones legales, pero sí de afectos, con una mayor capacidad de simplificar el conflicto de los adultos y de adaptación a las situaciones adversas, que sus progenitores.

Preguntas "In personam"

PREGUNTA.- ¿QUÉ LE ANIMÓ O IMPULSÓ A ESCOGER LA CARRERA JUDICIAL?

Xavier Abel Lluch.- En mi familia se vivía el Derecho intensamente, pues mis padres eran abogados. Mi padre fue abogado ejerciente durante más de 40 años en la rama del Derecho Administrativo en Barcelona, y mi madre también se dedicó al ejercicio profesional algunos años. En cuanto a la opción de judicatura, lo he visto siempre como un instrumento para pacificar conflictos interpersonales. Tuve, además, la suerte de tener un preparador de oposiciones que vivía el derecho con pasión, como fue D^o Jesús Corbal Fernández, ahora magistrado jubilado del Tribunal Supremo.

P.- ¿EN QUÉ AÑO INGRESÓ EN LA CARRERA JUDICIAL? ¿QUÉ DESTINOS HA SERVIDO COMO JUEZ O MAGISTRADO? ¿CUÁL O CUÁLES SON LAS EXPERIENCIAS QUE VIVIÓ COMO «JUEZ DE PUEBLO» EN SU PRIMER DESTINO EN LA CARRERA JUDICIAL Y CÓMO INFLUYERON ESTAS EXPERIENCIAS EN SU POSTERIOR EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL?

XA.- Ingresé en la Carrera Judicial en el año 1991, tras superar el concurso-oposición, y estar tres meses en la Escuela Judicial en Madrid y otros tres meses de prácticas en un Juzgado de 1^a Instancia de Terrassa con el magistrado José Luis Valdivieso Polaino, que me aportó su buen quehacer profesional y me enseñó a redactar y motivar las resoluciones judiciales.

Mi primer destino fue un Juzgado de 1^a Instancia en Vic, luego ascendí a magistrado en un Juzgado de 1^a Instancia en Granollers, estuve de Profesor Ordinario en la Escuela Judicial, y tras una etapa universitaria en excedencia dedicada fundamentalmente a la investigación, reingresé a la Carrera Judicial en un Juzgado de familia en Barcelona, que estoy sirviendo desde el año 2014 hasta la actualidad.

Como «juez de pueblo», y como juez de primera instancia e instrucción, el recuerdo que conservo es el trato con las madres de los presos. Aun cuando el juzgado que servía (Vic) era una zona del interior de Cataluña con un nivel bajo de delincuencia, siempre he conservado en mi retina las imágenes de madres de presos que venían a interesarse por sus hijos.

P.- ¿QUÉ LE ANIMÓ A PREPARAR UNA TESIS DOCTORAL? ¿SOBRE QUÉ MATERIA VERSÓ SU TESIS DOCTORAL?

XA.- En el año 2004 defendí mi tesis doctoral en la Universidad de Barcelona, en tribunal presidido por el Dr. Francisco Ramos Méndez, e integrado por el Dr. José de los Santos Martín Ostos, Dr. Manuel Jesús Cachón Cadenas, Dr. Lluís Muñoz Sabaté y Dr. Joan Picó i Junoy. Dicha tesis, sobre la iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil, fue dirigida por el entonces Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona, Dr. Manuel Serra Domínguez.

Su preparación coincidió con mi etapa de Profesor Ordinario de la Escuela Judicial y el ambiente de estudio y reflexión que existía en dicha institución, junto con el valioso apoyo que me prestaron mis compañeros y, en particular quien fuera el Director de la Escuela Judicial D^o José Francisco Valls Gombau y el profesor Dr. José Machado Plazas, quienes alentaron y animaron mi inquietud investigadora.

Era reciente la publicación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que introducía una novedosa facultad de iniciativa probatoria en el artículo 429.1 II y III LEC, que suscitaba —y aun hoy suscita— controversia doctrinal y dificultades de aplicación práctica. Y el tema de las facultades probatorias de oficio del juez ya había llamado mi atención en el ejercicio de la función jurisdiccional.

P.- COMO MAGISTRADO Y PROFESOR ORDINARIO QUE FUE DE LA ESCUELA JUDICIAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, ¿CUÁLES SON LOS ASPECTOS MÁS IMPORTANTES EN LA FORMACIÓN DE UN JUEZ?

XA.- Creo que la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial está efectuando una gran labor en el curso teórico-práctico de formación de los jueces que han superado el concurso-oposición, especialmente con la adopción del método del caso, que introdujo quien fuera su Director D^o Carlos Gómez Martínez. Es como el tren piloto de aterrizaje de un avión en el tránsito de la oposición a la toma de posesión en el primer destino judicial, en el que la formación se imparte por propios magistrados, que aporten su experiencia profesional, y profesores universitarios, que aportan solidez académica.

Más allá de la formación teórica-práctica y de los conocimientos técnicos, en la que siempre debe profundizarse, tanto en la fase inicial como continuada, lo más importante en la formación de un juez, en mi parecer, es la adquisición de unas habilidades o competencias, entre las que destacaría, antes que nada, el trato cortés y educado con todos los profesionales y, posteriormente, la capacidad de escuchar activamente a las partes, la prudencia y motivación en la toma de decisiones y una cierta perspicacia para prever los efectos de las resoluciones judiciales sobre las personas, especialmente — como en mi caso en la actualidad— cuando se abordan temas de infancia y familia.

P.- COMO MAGISTRADO Y VICEPRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN DE PROBÁTICA Y DERECHO PROBATORIO, ¿QUÉ CREE QUE PUEDE APORTAR LA ASOCIACIÓN EN LA ACTUALIDAD?

XA.- La Asociación de Probática y Derecho Probatorio, actualmente una asociación civil interdisciplinar integrada por profesores universitarios, jueces, abogados, peritos y detectives, está efectuando aportaciones valiosas en el ámbito de la docencia —con cursos de práctica probatoria—,

de la investigación —con la celebración de un Congreso anual sobre prueba y la colección de probática y derecho probatorio— y de la divulgación —con los cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, que dirige con acierto el Dr. Frederic Munné Catarina, y que ya han superado su número 25—.

Debe mucho, en el background de sus miembros, a la llamada Escuela Barcelonesa de Derecho Procesal y al magisterio que han ejercido los profesores Dr. Manuel Serra Domínguez y Dr. Lluís Muñoz Sabaté, el primero con una visión de la prueba anclada en la realidad práctica y las exigencias de la constitucionalización del derecho a la prueba en un proceso presidido por el principio de la oralidad y sus principios consecuencias de inmediación, concentración y publicidad; y el segundo, por su incasable labor por divulgar la Probática, entendida como ciencia que trata de la prueba de los hechos en el proceso, y que abarca un aspecto epistemológico, a veces conocido como filosofía de la prueba, un aspecto práxico orientado al arte o ejercicio de probar y un tercer aspecto normativo que reglamenta aquel ejercicio (derecho probatorio).

Sus aportaciones más valiosas radican en una visión de la prueba, atenta y sensible a la realidad cotidiana de su ejercicio en los juzgados y tribunales, enfocada desde el rigor académico y en clave interdisciplinar, bajo el incansable y acertado impulso de su Presidente, el Dr. Joan Picó i Junoy.

P.- COMO MAGISTRADO DE FAMILIA Y PRESIDENTE DE LA PLATAFORMA FAMILIA Y DERECHO, ¿CUÁLES SON LOS DESAFÍOS PROBATORIOS MÁS IMPORTANTES EN EL ÁMBITO DE FAMILIA A LOS QUE VD. SE ENFRENTA DIARIAMENTE? ¿CUÁLES SON LOS RETOS MÁS IMPORTANTES DE LA AGENDA 2020-2030 EN FAMILIA?

XA.- Los desafíos probatorios más importantes en el juzgado de familia, aun a riesgo de simplificación, son: i) la aportaciones de pruebas «electrónicas» a través de documentales preconstituidas y su impugnación; ii) la valoración de los dictámenes periciales psicológicos —los llamados dictámenes de especialistas en la terminología del artículo 92.9 CC—, esto es, tanto el dictamen de especialistas como la pericial psicológica a instancia de parte, con posibilidad de declaración conjunta de los peritos autores de los dictámenes en el acto de la vista; iii) la audiencia del niño, niña y adolescente (en adelante NNA), conjugando el derecho de defensa de las partes y el derecho a la intimidad del niño, niña y adolescente en el acta de la audiencia (STC 9 de mayo de 2019).

Los retos más importantes de la agenda 2020-2030 en familia son: i) la especialización de los juzgados y magistrados, entendida como especialización competencial —con competencia exclusiva y excluyente en la materia—, orgánica —con pruebas de acceso a los órganos judiciales especializados— y funcional —con adscripción de equipos técnicos y servicios auxiliares (Puntos de Encuentro Familiar, Coordinador de Parentalidad, Centros de Mediación—; ii) la interdisciplinariedad, como complementariedad de distintas ciencias y disciplinas en el ámbito de las familias en procesos de ruptura; iii) la internacionalización, con el conocimiento, interpretación y aplicación de la normativa supranacional plasmada en Tratados internacionales y Reglamentos de la Unión Europea; iv) la formación, inicial y continua, multidisciplinar y transversal; v) algunas reformas legislativas

urgentes, como, entre otras, una regulación más completa de la audiencia del NNA, la regulación del dictamen de especialistas, la modificación de la ejecución de sentencia con posibilidad de derivación a equipos técnicos multidisciplinares o la regulación de las nuevas estructuras familiares o la responsabilidad derivada de la filiación; vi) introducir buenas prácticas judiciales, como la posibilidad de mediar el juez con los letrados al inicio de la vista o el desarrollo de la coordinación de parentalidad; vii) la elaboración de un Código de la infancia y las familias en derecho, que agrupe en un solo texto legal las normas de derecho sustantivo y procesal relativas a la infancia y la familias en el derecho, evitando su actual dispersión y reconociendo su especialidad normativa.



P.- ¿QUÉ OPINIÓN LE MERECEN LOS LLAMADOS «DICTÁMENES DE ESPECIALISTAS» EN LOS PROCESOS DE FAMILIA Y EN QUÉ SUPUESTOS LE PARECEN MÁS RELEVANTES? ¿ES NECESARIA UNA REGULACIÓN LEGAL Y CÓMO DEBERÍA SER LA MISMA?

XA.- El dictamen de especialistas (art. 92.9 CC) es un dictamen pericial emitido por profesionales cualificados, a requerimiento judicial y con la metodología propia de las ciencias de la conducta humana, cuya finalidad es auxiliar al juez en la toma de decisiones con respecto a los efectos y medidas derivados de un proceso de ruptura familiar, que deberá valorarse conforme a las reglas de la sana crítica. Se trata de un dictamen no necesario, pero si conveniente, especialmente cuando se discute la custodia compartida o cuando existen relaciones tensas entre progenitores (SSTS 7 marzo 2017 y 27 septiembre 2017).

Salvo una mención en el artículo 92.9 Código Civil, no existe regulación ni en leyes sustantivas ni procesales, y debería procurarse compatibilizar los dictámenes de especialistas, a requerimiento judicial en cualquier momento del proceso, con los dictámenes psicológicas de parte y su debate mediante declaración conjunta de los peritos en el acto de la vista, valorándose conforme a la metodología empleada, las reglas de las ciencias de la conducta humana y las reglas de la sana crítica.

P.- ¿CÓMO DEBE PRACTICARSE UNA AUDIENCIA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN UN JUZGADO DE FAMILIA? ¿QUÉ ES LO QUE VD. HA APRENDIDO EN LA PRÁCTICA DE LA AUDIENCIA DE UN NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE?

XA.- Existen Códigos de buenas prácticas para la audiencia, destacando un protocolo de acogida, en que se informe al NNA de la finalidad y desarrollo del acto, una conversación que evite preguntas de posicionamiento y un protocolo de despedida que libere de tensión al NNA.

He aprendido de las audiencias con NNA que ellos no entienden de obligaciones legales, pero sí de afectos y que tienen una capacidad de simplificar los conflictos de los adultos, así como de adaptación a situaciones adversas, a menudo, mucho mayor que sus progenitores.

En las próximas semanas se publicará el libro titulado «Lo que he aprendido de los niños», que he tenido el placer de codirigir con la Dra. Francisca Fariña Rivera, Catedrática de Psicología Básica y Psicología Jurídica del Menor de la Universidad de Vigo, con prólogo de la Vice-Presidenta del Tribunal Constitucional, Dra. Encarnación Roca Trías, y que recoge las experiencias de 25 profesionales de extracción multidisciplinar —jueces, fiscales, letrados de la administración de justicia, abogados, académicos, psicólogos, mediadores, coordinadores de parentalidad, pediatras— en los procesos de ruptura de progenitores con hijos menores de edad.

P.- COMO MAGISTRADO QUE PLANTEÓ LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL ARTÍCULO 18.4 DE LA LEY DE JURISDICCIÓN DE VOLUNTARIA, ¿QUÉ OPINIÓN LE MERECE LA STC DE 9 DE MAYO DE 2019?

XA.- Busca equilibrar el derecho de defensa del letrado —con el traslado del acta de la audiencia del niño, niña y adolescente (en adelante NNA) para alegaciones— con el derecho de intimidad del NNA —con la exigencia que el acta solo recoja las *«manifestaciones del menor imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente»*— (fto. jco.8º STC 9 de mayo de 2019). En mi opinión, el juez debe proteger siempre la intimidad del NNA, especialmente de aquellas manifestaciones que puedan generarle un conflicto de lealtades con alguno de sus progenitores.

P.- ¿QUÉ OPINIÓN LE MERECEN LAS LLAMADAS PRUEBAS ELECTRÓNICAS, ESTO ES, LAS PÁGINAS WEBS, LOS WHATSAPPS, LAS REDES SOCIALES? ¿NECESITAMOS UNA NUEVA REGULACIÓN O LA ACTUAL YA ES SUFICIENTE?

XA.- Reflejan la tensión entre el carácter ilimitado de las fuentes de prueba —página webs, whatsApps, e-mails— y el carácter limitado de los medios de prueba. En mi opinión, los actuales medios de prueba son suficientes para introducir la evidencia que surge de estas nuevas fuentes de prueba, y ello puede suceder, fundamentalmente, a partir de documentales preconstituidas y pruebas periciales.

P.- COMO MAGISTRADO Y AUTOR DE UNA MONOGRAFÍA SOBRE VALORACIÓN PROBATORIA Y OTRA SOBRE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA, ¿QUÉ SON Y CÓMO DEBEN UTILIZARSE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA?

XA.- Se trata de una expresión que, desde su introducción en el artículo 148 del Reglamento en los negocios contenciosos de la Administración de 30 de diciembre de 1846, se ha incorporado a numerosos textos legislativos —LEC de 1885, 1881 y 2000— e incluso ha sido exportada a códigos extranjeros —ej. Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica—.

Se trata de reglas no jurídicas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia que permiten fundar una valoración razonada de la prueba y permiten su control posterior por otro órgano de enjuiciamiento superior. Hasta aquí puede resultar pacífico. Lo más difícil es determinar qué sistema lógico aplicamos, cuáles son las reglas de uso de las máximas de experiencia y qué criterios validan la ciencia. Sobre este particular sería deseable una buena tesis doctoral.

P.- SI UN GRADUADO EN DERECHO SE ACERCARA A SU DESPACHO Y LE COMENTARA QUE DESEARÍA INICIAR LAS OPOSICIONES PARA EL INGRESO EN LA CARRERA JUDICIAL ¿QUÉ LE RECOMENDARÍA?

XA.- Más que recomendar, le diría que es una profesión que le va a exigir mucha dedicación, pero le proporcionará una íntima satisfacción. Y que aprenda de los buenos jueces, que afortunadamente son muchos, aun cuando desarrollan su labor anónimamente.

Entrevista a Antonio Garrigues Walker

«En un mundo de relaciones a distancia, la prueba electrónica se hace cada día más importante»



Carlos B Fernández. La prueba, esa actividad procesal de parte que, a través de los medios regulados en la norma procesal, intenta acreditar los hechos que se invocan como fundamento de una pretensión, con el propósito de acreditar al tribunal su certeza, tal como la define el Diccionario panhispánico del español jurídico, constituye de por sí una de las facetas más relevantes y a la vez complejas del Derecho. De hecho, no es nada extraña su consideración como una ciencia jurídica, tal como los numerosos estudios y monografías anteriores y, ahora, el nacimiento de esta revista, acreditan.

Aunque se trate de una ciencia tan antigua como el propio Derecho, las fuentes y medios en que se basa han ido evolucionando con el tiempo. Así, hoy nos encontramos ante una realidad procesal en la que cada vez es más habitual el recurso a los ficheros y contenidos digitales, por medio de los cuales se intenta acreditar hechos, pactos o negocios con relevancia jurídica.

Y realidades cada vez más complejas técnicamente, como blockchain o la inteligencia artificial, comienzan a apuntar su presencia en nuestros procedimientos y tribunales.

Para echar una mirada hacia el futuro desde la más sólida tradición jurídica hemos hablado con una de las personas de mentalidad más abierta al porvenir de la abogacía y su práctica, como es Antonio Garrigues Walker, presidente de honor del despacho Garrigues y un muy largo etcétera más, entre el que destaca la creación, hace más de quince años, del primer foro dedicado en nuestro país al

estudio de las particularidades de la prueba digital.

PREGUNTA.- HACE MÁS DE 15 AÑOS USTED PUSO EN MARCHA EL FORO DE LAS EVIDENCIAS ELECTRÓNICAS. EN AQUELLOS MOMENTOS INTERNET TODAVÍA ESTABA EMPEZANDO A DESPEGAR Y LAS REDES SOCIALES APENAS ERAN UN EMBRIÓN ¿QUÉ HA CAMBIADO DESDE ENTONCES EN LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA TECNOLOGÍA?

Antonio Garrigues Walker.- En aquel momento ya era evidente la creciente incumbencia del mundo tecnológico sobre el jurídico. Ya era previsible un mundo cada vez más electrónico en el que sería necesario acreditar lo digitalmente acaecido. Desde entonces nos dirigimos inexorablemente a la necesidad de exhibir, aportar o invocar ficheros digitales. Por eso, ya entonces, decidimos crear un «think thank» que reflexionase sobre la prueba electrónica; El foro de las evidencias electrónicas.



P.- ¿CREE QUE LA FORMACIÓN DE ABOGADOS Y JUECES HA SEGUIDO LA EVOLUCIÓN DE ESA RELACIÓN O ES NECESARIA UNA REFORMULACIÓN DE LA FORMACIÓN JURÍDICA QUE TENGA EN CUENTA ESE ENTORNO TECNOLÓGICO?

AG.- Los juristas siempre hemos sido capaces de adquirir los conocimientos necesarios para atender los cambiantes requerimientos de cada momento. La revolución digital no va a ser una excepción. Los juristas actuaremos con la misma responsabilidad que hemos venido teniendo hasta ahora.

P.- LA TECNOLOGÍA NO TIENE UN ALCANCE UNIFORME, SINO QUE EN CADA ÁMBITO DEL DERECHO TIENE UNAS IMPLICACIONES DIFERENTES ¿CUÁLES DIRÍA QUE HAN SIDO LAS MÁS RELEVANTES EN EL ÁMBITO CIVIL?

AG.- Creo que los últimos avances tecnológicos afectan más a la jurisdicción civil que a la penal. Me refiero a blockchain y a la Inteligencia Artificial. El primero se trata de una matriz de prueba descentralizada. Las anotaciones en esta tendrán necesariamente mayor trascendencia en la esfera civil y muy especialmente en la prueba documental.

También creo que la irrupción de la IA afectará a la imputación de la responsabilidad civil. Con máquinas con independencia cognitiva y comportamientos impredecibles es razonable pensar que quizá los actuales esquemas de imputación de la responsabilidad civil no serán suficientes.

Y lo mismo puede pasar con la asignación de derechos a las máquinas. ¿Serán titulares de los derechos de propiedad intelectual e industrial de sus creaciones? ¿Acabaremos otorgándoles personalidad jurídica independiente?

P.- IDENTIDAD DIGITAL, REGISTRO Y ACREDITACIÓN DE LAS PARTES Y DE LOS TÉRMINOS DE UN CONTRATO FORMALIZADO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS Y APORTACIÓN AL PROCESO DE LOS TÉRMINOS EN QUE HAN SIDO PACTADOS, PARECEN SER LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES ¿DISPONEMOS DE UN MARCO JURÍDICO ADECUADO PARA ELLO?

AG.- Creo que sí. En cualquier caso, no soy partidario de la sobre-regulación; sobre todo cuando se trata de cuestiones probatorias. Me preocupa que el juez pierda la capacidad de decidir sobre la robustez o eficacia de la prueba. Entraríamos en el proceloso mundo de las realidades estadísticas. Estaríamos ante una prueba «ad-matematicatem»

P.- LOS SISTEMAS DE REGISTRO DE TIPO DESCENTRALIZADO, COMO BLOCKCHAIN O CENTRALIZADO, COMO LOGALTY, SE DISPUTAN UN TERRITORIO QUE ESTÁ LLAMADO A COBRAR CRECIENTE IMPORTANCIA, CONFORME LAS TRANSACCIONES Y CONTRATACIÓN TELEMÁTICA GANEN IMPORTANCIA ¿CÓMO VALORA ESTA CIRCUNSTANCIA?

AG.- Permita que antes de contestarle le haga una precisión. Logalty es un registro de prueba descentralizado. Tenga usted en consideración que el «hash» de todas las transacciones se remite a distintos notarios (a todos todas las transacciones) de tal forma que para alterar la matriz de prueba de Logalty habría que concertar a todos los notarios involucrados. La verdad es que Logalty es un «blockchain soft» si me permite la expresión. Los dos son procedimientos para la generación y custodia de prueba por interposición descentralizada



En mi opinión, el futuro de blockchain estará muy vinculado a la capacidad de acreditar y generar prueba electrónica de las transacciones que con él se realicen, pero no será el único procedimiento para lograrla. Lo que me parece evidente es que en un mundo donde cada vez son más habituales las relaciones entre ausentes, la prueba electrónica cobre cada día más importancia.

P.- RECIENTES MEDIDAS LEGISLATIVAS HAN INTRODUCIDO EN NUESTRO ORDENAMIENTO MEDIDAS ESPECÍFICAS EN MATERIA DE INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES

TELFÓNICAS Y TELEMÁTICAS; UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS TÉCNICOS DE SEGUIMIENTO, LOCALIZACIÓN Y CAPTACIÓN DE LA IMAGEN, REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN Y REGISTROS REMOTOS SOBRE EQUIPOS INFORMÁTICOS, ENTRE OTROS ¿QUÉ HAN SUPUESTOS ESTAS MEDIDAS EN EL ÁMBITO PENAL?

AG.- La jurisdicción penal es imprescindible para entender la evolución de la prueba electrónica en España ¿por qué? Porque la Fiscalía tuvo la valentía de crear un grupo especializado hace ya muchos años y han sabido diseminar su sabiduría por esta jurisdicción. Además, la composición de la Sala 2ª del TS ha contribuido. Recuerde que la reforma de la LECrim, que incorpora las medidas de investigación a las que usted se refiere fue encomendada al Sr. Marchena, que hoy preside la Sala 2ª y cuya sensibilidad hacia estas cuestiones es conocida. Les recomiendo la lectura de la doctrina de esta Sala.

P.- PARECE EVIDENTE QUE EN LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS COMETIDA POR VÍA TELEMÁTICA ES INDISPENSABLE LA COLABORACIÓN Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL ¿CREE QUE UN INSTRUMENTO COMO EL CONVENIO DE BUDAPEST HA RESULTADO ADECUADO A ESTOS EFECTOS, O INEFICAZ? ¿HARÍA FALTA NUEVOS MARCOS MÁS AMPLIOS?

AG.- Se trata de un convenio que afecta más a los jueces, fiscales y miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Preferimos no pronunciarnos sobre esta cuestión.

P.- LA PARALIZACIÓN DE ACTIVIDAD JUDICIAL CONSECUENCIA DE LA PANDEMIA HA IMPULSADO LA PUESTA EN MARCHA DE LOS JUICIOS POR MEDIOS TELEMÁTICOS ¿QUÉ DESAFÍOS CONSIDERA QUE PLANTEAN LOS MISMOS TANTO PARA LOS PROFESIONALES QUE INTERVIENEN EN LOS MISMOS, COMO LOS ABOGADOS Y JUECES, COMO PARA APORTACIÓN Y VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA UTILIZADOS?

AG.- Es un tema apasionante... ¿En un mundo cada vez más abocado a las relaciones entre ausentes nos podemos plantear la celebración de juicios por procedimientos electrónicos? Hablamos en definitiva de comparencias electrónicas. Es un tema que requiere detallado análisis y que viene siendo anticipado por la normativa del SEPLAC que autoriza, a los efectos del cumplimiento de la normativa de prevención del blanqueo de capitales, la identificación por video-conferencia; tanto asistida como desasistida.

P.- USTED PRESIDE LA COMISIÓN CREADA POR EL MINISTERIO DE JUSTICIA PARA ELABORAR UNA LEY ORGÁNICA DEL DERECHO DE DEFENSA, UNA INICIATIVA YA PLANTEADA EN TIEMPOS DEL MINISTRO CATALÁ. UN PROYECTO MUY AMBICIOSO PUES TRATA DE REGULAR UNO DE LOS PILARES BÁSICOS DEL SISTEMA DEL ESTADO DE DERECHO, TAL COMO LO PLANTEA EL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN, EN SU DIFERENTES EXPRESIONES DEL CONJUNTO DE GARANTÍAS Y FACULTADES JURÍDICAS QUE ASISTEN A LAS PARTES EN UN PROCESO JUDICIAL, EL RÉGIMEN DE ACTUACIÓN DE LOS

ABOGADOS, Y EL EJERCICIO DE ESTA PRESTACIÓN POR LOS ABOGADOS DEL TURNO DE OFICIO Y LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA ¿CUÁLES CONSIDERA QUE DEBERÍAN SER LOS EJES VERTEBRADORES DE ESTA REGULACIÓN?

AG. - Me alegra trabajar en este asunto que está en la esencia del papel de la abogacía. Se ha creado una Comisión muy equilibrada y muy preparada, y yo confío en que seremos eficaces y rápidos. No voy a anticipar los ejes vertebradores, pero ni que decir tiene que este será el primer tema de la agenda.

Quiero, para terminar, agradecer al Ministro de Justicia su confianza, y también a mi socio José M.^a Anguiano que me educa desde hace tiempo en estas materias.

¿Dónde están mis linderos? La pericia en la delimitación precisa inmobiliaria. Inscripción gráfica y coordinación Registro de la Propiedad-Catastro

Alberto Antón Merino

Doctor Ingeniero en Geodesia y Cartografía. Ingeniero Técnico en Topografía

Perito judicial. Geómetra experto. Director técnico de ALBIREO Topografía.

Miembro de la Asociación de peritos colaboradores con la Administración de Justicia de la Comunidad Valenciana

Resumen: La georreferenciación permite definir con precisión y garantías los límites inmobiliarios, como técnica de posicionamiento que utiliza un sistema de coordenadas inamovible, para delimitar la posición de cualquier elemento en la superficie de la Tierra, de forma unívoca, sin ambigüedades ni subjetividades. Las ciencias que aportan las capacidades necesarias para georreferenciar son la Geodesia, la Cartografía y la Topografía.

La realidad inmobiliaria se distingue por integrar información jurídica relativa a los derechos reales de los inmuebles e información geométrica, que proporciona la identificación y delimitación geográfica precisa de esos derechos.

En este sentido, la falta de seguridad jurídica en la determinación física de la propiedad inmobiliaria, ha sido ya desde la antigüedad fuente de innumerables conflictos personales, sociales y políticos. Esta inseguridad, ha provocado también problemas económicos, frustrando operaciones que habrían generado riqueza y crecimiento económico.

Las actuaciones relativas a la delimitación precisa inmobiliaria discurren por dos posibles escenarios: el de la seguridad jurídica preventiva y el contencioso. Con las acciones de seguridad jurídica preventiva, se disminuye la posibilidad de futuros problemas y se reducen costes económicos y sociales. Con las acciones contenciosas se abordan los conflictos a través de las vías extrajudiciales o, cuando esto no es posible, mediante acciones judiciales de defensa de los derechos reales.

En los dos escenarios, el perito experto en delimitación inmobiliaria define de forma clara, rigurosa y precisa los límites inmobiliarios, elaborando bases gráficas para el Registro de la Propiedad y el Catastro, describiendo con precisión la realidad jurídica de esos límites. En el escenario no contencioso, realizando labores técnicas y de gestión para aumentar la seguridad jurídica del inmueble; y en el escenario contencioso, elaborando informes periciales que además de asesorar al Juez, ayudan a los abogados a enfocar la defensa o la demanda de una forma más efectiva.

La georreferenciación es la técnica que el experto en delimitación inmobiliaria utiliza para definir con precisión y garantías los límites inmobiliarios. La georreferenciación es una técnica de posicionamiento que utiliza un sistema de coordenadas inamovible, para definir la posición de cualquier elemento en la superficie de la Tierra. Estas coordenadas son unívocas, es decir, la posición geográfica de un elemento queda definida por las coordenadas y al mismo tiempo, las coordenadas definen esa misma posición geográfica, sin ambigüedades ni subjetividades.

El perito experto en delimitación inmobiliaria está especializado en las materias que proporcionan los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para definir geográficamente cualquier elemento físico o jurídico. Las ciencias que aportan las capacidades necesarias para georreferenciar son la Geodesia, la Cartografía y la Topografía.

La ciencia de la **Geodesia** aporta la base matemática sobre la que poder realizar representaciones gráficas de elementos físicos. Esta ciencia estudia la forma y representación de la Tierra, la georreferenciación tridimensional y la aplicación de técnicas espaciales al posicionamiento. Por otro lado, la **Cartografía** aborda el problema de adaptar la superficie curva de la Tierra a una representación plana, que es la que se aporta al Registro de la Propiedad y al Catastro para definir los límites de un inmueble. Esta adaptación de una superficie curva a una plana se logra utilizando las proyecciones cartográficas (como la conocida UTM). Por último, la **Topografía** aporta los aspectos tecnológicos necesarios para la realización de mediciones precisas sobre el terreno de los límites inmobiliarios, analiza las precisiones obtenidas y estudia los métodos de obtención de las coordenadas georreferenciadas.

En España, desgraciadamente la delimitación inmobiliaria no ha sido tradicionalmente garantizada por ninguna de las figuras jurídicas existentes en materia de propiedad. Ni el Catastro, ni los Notarios, ni el Registro de la Propiedad han tenido como principal objetivo definir los límites jurídicos de los inmuebles de forma precisa, inequívoca y permanente.

Esta situación ha mejorado con la Ley 13/2015 de Reforma de la Ley Hipotecaria, que ha posibilitado la inscripción en el Registro de la Propiedad de la geometría de los límites inmobiliarios. Esta Ley recoge conceptos técnicos geodésicos, cartográficos y topográficos orientados a aumentar la seguridad de los límites jurídicos inmobiliarios. Sin embargo, la norma no define el perfil del profesional competente para intervenir en estos asuntos, limitándose a describir a este profesional como *técnico competente*. En este sentido, desde la Universidad Politécnica de Valencia se ha creado recientemente el Máster en Geometrías Jurídicas, con la vocación de convertirse en el instrumento formativo del perito y *técnico competente* experto, rellenando el hueco formativo que en otros países de nuestro entorno es un asunto resuelto desde hace mucho tiempo. Os animo a echarle un vistazo en <https://bit.ly/2YVf5r6>

La pericia como actividad dirigida al Juez

Juan Fernández-Goula Pfaff

Ingeniero Industrial. Máster en Administración de Empresas

Miembro de la Asociación Catalana de Peritos Judiciales y Forenses colaboradores de la Administración de Justicia

www.goupe.es

Resumen: Partiendo de la imparcialidad exigible a todo perito, con independencia de quien lo designe (parte o Juez), el objeto de la pericia no es el lucimiento personal del perito sino ilustrar al Juez, acerca de sus conocimientos técnicos sobre los extremos que se le planteen en relación a la cuestión enjuiciada, ya sean fruto de su propio acervo previo o de su estudio *ad hoc* sobre el asunto tratado para poderlo explicar con la mayor claridad y solidez posible.

«Muchas cosas me llamaban la atención en su forma de ser, muy atractiva: su honestidad intelectual, que se manifestaba en cómo analizaba con paciencia toda prueba para determinar con precisión los hechos; y ese rasgo de prudencia, en consonancia con la sencillez y humildad, de escuchar y considerarlo todo. Gozaba, al mismo tiempo de una excepcional intuición jurídica, fruto también del estudio y la reflexión. Era un gran juez, un gran hombre, que nunca pretendió llamar la atención».

Ruego me disculpen por haberme tomado la libertad de iniciar este trabajo con las palabras pronunciadas por un Magistrado en el obituario de su compañero (1), sin embargo, el descriptivo que ofrece bien puede ser una ayuda valiosa para quien se dedica a emitir dictámenes e informes periciales con destino a los tribunales.

Es frecuente en la empresa y el comercio, que las marcas deseen saber qué es lo que el cliente quiere, qué es lo que el cliente necesita.

Así pues, entendida la función del perito como un servicio dirigido a quien debe juzgar y para ello debe valorar la pericia, y donde aquél trata de proporcionar sus conocimientos técnicos o científicos en forma de informe o de dictamen pericial, los peritos debemos ofrecer: paciencia en el estudio de los documentos y toda la precisión que sea posible en la determinación de los hechos, sin perder nunca de vista una actitud prudente, para aportar con sencillez la información y el conocimiento técnico o científico de la materia de la que trate la pericia, a fin de que el juez pueda ejercer su cometido.

Con lo anterior pretendo simplemente poner de manifiesto que el destinatario, el «cliente», de un buen informe o dictamen pericial es el juez que se enfrenta al caso sobre el que versa la pericia. Tal

pretensión es, a mi entender, la premisa esencial de la que debe partir un perito al hacerse cargo de un encargo pericial.

Cuando en alguna conferencia he oído a un juez manifestarse con la predisposición de ánimo a que toda pericia de parte es parcial y que por lo tanto debe valorarse con cuidado o incluso se debe ponerse en cuarentena antes de decidir considerarla o no, debo confesar que como perito me he sentido dolido, incluso ofendido, en la medida que tal predisposición pone en cuestión la deontología profesional de mi pericia.

No obstante, tratando de entender esas palabras pronunciadas por un Juez, intento ponerme al otro lado de la barrera viendo la pericia como la ven los jueces, y entonces comprendo mejor dichas manifestaciones, —aunque no dejen de molestarme—. Es cierto que hay buenas pericias, informes y dictámenes periciales realizados a conciencia, y hay las que podríamos denominar *pericias clientelares de parte*, sucedáneo de informes, en los que la obtención de una retribución por parte del perito ha primado sobre cualquier otra consideración. Únicamente en tal caso entiendo la razón que tienen los jueces para tal predisposición de ánimo, e incluso les compadezco, pues discernir entre pericias buenas y estas *pseudopericias* puede conllevar en algunos casos ciertas dificultades.

Y en este punto es preciso tener también presente otra posible versión de la *pseudopericia* que puede derivarse de la designa judicial de perito, pues hemos visto en ocasiones a peritos que aprovechan la imposibilidad de llevarla a cabo, para iniciar con el solicitante de la pericia una negociación de los honorarios, puesto que el art. 342.3 LEC dispone que el perito «*quedará eximido de emitir dictamen*» si el solicitante de la pericia no consigna en plazo la provisión de fondos que libremente haya solicitado el perito, designado de las listas que obran en los juzgados.

Y volviendo a las *pseudopericias* de parte, quiero traer a colación una anécdota personal: el desagradable hecho de salir de la Sala junto el perito de la parte contraria, y que éste, con una cierta compunción —o más bien diría que con franca hipocresía— me pidió perdón, nada más cerrarse la puerta de la Sala de Vistas, por las declaraciones que acababa de hacer. Ofendido me callé, pero siempre me he quedado con la sensación de que habría tenido que decirle: ¡volvamos a entrar en Sala y repite allí dentro lo que me acabas de decir!

No voy a referirme más a estas *pseudopericias*, o como mis conocidos me han oído decir a la prostitución (2) pericial, porque ello no forma parte de mi actividad profesional.

Con el fin de dar cumplida respuesta a aquellos jueces que ponen en cuestión la imparcialidad del perito designado por una de las partes en lugar de ser designado judicialmente, creo que resulta interesante exponer que la diferencia, que no parcialidad, estriba tan sólo en el modo de la aceptación del encargo profesional del perito.

Cuando se acepta un encargo de designa judicial, los peritos previamente conocemos poco de qué trata el asunto, y calibramos en nuestra aceptación si sobre el asunto podemos aportar nuestra técnica o conocimientos profesionales para aportar valor, de modo que con nuestro dictamen ilustremos al juez sobre los hechos sucedidos, atendido los extremos solicitados.

En cambio, cuando se acepta un encargo de parte, con seguridad ha habido antes un proceso de intercambio de información, estudio de documentación, etc. en el que el perito pondera si su quehacer profesional en cuanto a conocimientos y tiempo aportará algún valor añadido a la causa que persigue quien le encomienda el encargo, con independencia de la retribución que por ello pueda llegar a recibir. Esta idea del valor añadido a la causa del «encargador» de la pericia (3), para mí equivale a «adquirir convencimiento» como perito, antes de aceptar la pericia, acerca de si quien nos encarga la pericia tiene «razón» en alguno de los extremos —no necesariamente en todos— que reivindica o pretende reivindicar. Una valoración de su razonabilidad. Y también previamente a la aceptación del encargo pericial, es frecuente la labor de asesoría por parte del perito a quien le solicita el encargo pericial, con el fin de informar a la parte sobre si la prueba que pretende solicitar en juicio es viable y/o posible.

Como suelo decir antes de aceptar un encargo pericial: ¡A la Sala *entro tranquilo o si no, no entro!* Y ello se traduce en explicarle al «encargador» que como perito no tengo misión de defenderle, —de eso se ocupa el abogado—, sino de exponer con claridad al juez las razones técnicas de quien me hace el encargo, y además limitándome a los extremos contemplados en el mismo. Dicho de otro modo: el primer *convencido* del contenido y las conclusiones del informe debe ser, necesariamente, su autor, lo cual se pone obviamente evidencia en juicio por el modo, la claridad y la solidez de sus respuestas a las cuestiones que se le formulen en la Sala, además del contenido técnico de su dictamen escrito.

Una anotación a propósito de la *retribución* —necesaria siempre en todo quehacer profesional—: *frente al valor añadido* que puede proporcionarse con un encargo pericial, ocurre con frecuencia que los peritos, al igual que los abogados, deben actuar a modo de ONG. Y pongo por ejemplo los casos de informes periciales sobre accidentes laborales por falta de medidas de seguridad, o accidentes de tráfico, donde las víctimas suelen ser personas físicas que no deben quedar desasistidas por su carencia de medios suficientes para retribuir de modo adecuado a los profesionales en atención al tiempo y trabajo que le van a dedicar y donde la aportación de valor que resulta de la colaboración del perito es fundamental para informar/ilustrar debidamente al juez. Es evidente que cuando se dan estos casos los profesionales de la pericia careceríamos de interés para involucrarnos, y aportar nuestro valor como técnicos, consumiendo nuestro tiempo, si no vemos que la razón está de parte de quien nos realiza el encargo.

Sentado lo anterior, veamos cómo se desarrolla la pericia. El objeto de la pericia es proporcionar conocimiento y criterio al juez sobre los extremos que se facilitan al perito, aunque el perito conozca sólo a una parte en litigio, a fin de que pueda tomar las decisiones que sean más acordes a la realidad de los hechos.

El objeto de la pericia dista mucho del lucimiento personal de la sabiduría del perito, hecho que resulta una banalidad en la pericia, bastando con mencionar a juez y letrados, una mera referencia suficiente para que puedan apreciar la adecuada cualificación y/o experiencia profesional del perito para dar cumplida respuesta a los extremos que se le solicitan.

Personalmente reconozco sin inconveniente haber aceptado encargos periciales sobre los que mis conocimientos ante-pericia eran reducidos, aunque en ningún momento pretendo decir que haya aceptado irresponsablemente encargos periciales. Más bien puedo afirmar que post-pericia, y por supuesto antes de la vista, mis conocimientos técnicos sobre el asunto tratado en la pericia han sido suficientes para pronunciarme sobre lo solicitado a la pericia y para exponer con claridad meridiana a la «gente de letras» la problemática técnica, económica (4), industrial o empresarial que planteaba el caso. Sin duda al llegar a la sala de vistas, desde el punto de vista técnico, sabemos que tan sólo otro perito puede que sepa más del asunto que el perito de cualquiera de las partes. Sin embargo, ello no es razón para la soberbia de algún perito, manifestada en un lucimiento innecesario, sino para la **humildad del perito actuando como «docente»** de los profanos, que debe y quiere transmitir su conocimiento a quienes lo precisan, y ello, en base a 1) los extremos que en su día se le solicitaron y 2) al serio estudio de la materia sobre la que versan.

Habrán peritos de otros ámbitos que no compartirán lo afirmado en el párrafo precedente, y es cierto que hay materias o procedimientos en los que las cuestiones periciales requieren innegablemente un sólido conocimiento previo y/o la utilización de técnicas concretas que no permiten una «ignorancia previa», y quienes cubren estos campos de la pericia les resulta imposible desarrollar su cometido sin un buen saber previo. Pienso, por ejemplo, en los forenses médicos, arquitectos, calígrafos, etc.

Sin embargo, en los asuntos empresariales, ingenieriles, industriales o económicos, partiendo obviamente de unos conocimientos generales de la materia de que se trate, las más de las veces resulta mucho más efectivo obtener los conocimientos específicos, mediante el estudio del caso concreto obteniendo respuestas concretas, para poder ofrecer el resultado idóneo a los problemas planteados.

Mi primera pericia, hace ya más de veinte años fue sobre una instalación de energía solar térmica, campo en el que no tenía ninguna experiencia. Sin embargo, había realizado trabajos en energías alternativas, hidroeléctricas y solar fotovoltaica, sabía de energía disponible, y de ingenios que transformaban la energía de un tipo (hidráulica, eólica, solar) a otro (eléctrica). Preocupado por este nuevo cometido del que desconocía las técnicas precisas para la transformación de energía en calor, me desplazé a medio millar de kilómetros para ver la instalación y con el compromiso de dar entrada en el juzgado una pericia que esperaban con urgencia. Y la primera lección que aprendí en el mundo pericial —y que la experiencia me va corroborando—, es que lo que producen los litigios que precisan de dictámenes periciales para ser incorporados en los procedimientos judiciales, no se basan en los últimos avances de la técnica, y las más de las veces obedecen a diferentes lecturas o interpretaciones de acuerdos o pactos en los que se precisa de un técnico en la materia que interprete las diferencias entre la prestación solicitada o esperada y la prestación o resultado obtenido, dicho ello a modo de ejemplo. Lo mismo sucede con la determinación de las causas de sucesos o accidentes, donde la causa más lógica es frecuentemente la más probable, y lo que se precisa es el descarte, después de un preciso estudio técnico, de otras causas también posibles pero que de un buen análisis, realizado con cuidado y precisión, se determinará la escasa o nula probabilidad de que se hayan producido esas otras causas.

Ser incapaz de responder con rotundidad y afirmativamente no significa que dé respuesta negativa; —si algún conocimiento he adquirido con los años y la experiencia, éste es que, como todo el mundo, soy un gran ignorante, pero que mirando hacia adelante, hay respuestas afirmativas que dar—. Dicho de otro modo, mi respuesta es: ¡explícame cuál es el problema, te escucho! A partir de este momento se pone en marcha una actividad intelectual en la que diversos factores llevan a decir al letrado que facilite la información de que disponga y que la estudiaremos para ver el mejor modo de dar respuesta técnica al problema planteado. Y esos factores no son otros que:

- la escucha activa,
- el planteamiento de cuestiones,
- el pasar páginas del archivo de contactos a los que consultar,
- la reflexión sobre dónde pueden hallarse las fuentes para conocer la solución al problema,
- etc.

Interesarse por el problema es fundamental para saber dónde estamos tanto el letrado como el perito, y también para saber a dónde conducir el asunto. En definitiva, haciendo un símil náutico, el patrón —letrado— debe conducir la embarcación a buen puerto, y el marinero —perito— debe aportar el manejo de los remos y/o las velas para llevarla a destino de modo adecuado.

Como aclaración final creo importante manifestar que este artículo ha sido escrito pensando en los dictámenes periciales técnicos, más que en los informes de valoración técnico-pericial, cuya diferenciación podría ser motivo de otro artículo.

.....

(1) Ignacio Sánchez Gargallo, Magistrado del Tribunal Supremo, en La Vanguardia, 3 de abril de 2020. Obituario de Luis Garrido Espa, Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona.

[Ver Texto](#)

(2) Entendida tal palabra en la acepción *referida al hecho de una persona a prestarse a cosas moralmente censurables o vituperables, por el simple hecho de obtener algún beneficio o prebenda.*

[Ver Texto](#)

(3) Prefiero mantener al juez en la acepción del *cliente de la pericia*, por la importancia que tiene el valor intelectual de la pericia, o dicho de otro modo, el juez es el *cliente intelectual* de la pericia. Diría entonces, por otro lado, que quien hace el encargo es el *cliente del perito*.

[Ver Texto](#)

- (4) Es evidente que la pericia económica también es «pericia técnica». Se mantiene la distinción en el texto, para focalizar con la denominación de «técnica» a asuntos del tipo como determinar: «por qué cayó la grúa», «quien es responsable del accidente de tránsito», «cumple o no el producto con las prestaciones acordadas», etc.

[Ver Texto](#)

Especialidades periciales novedosas: informes periciales de cálculo de pérdida de intangibles con costes de pérdidas económicas y la intervención de la tecnología

Selva Orejón Lozano (1)

Perito judicial especializada en Identidad digital y reputación

Miembro de la Asociación Catalana de Peritos Judiciales y Forenses

Resumen: Las reclamaciones por ataques a la reputación de empresas y profesionales en las redes y la consiguiente pérdida de credibilidad en el mercado, requieren de un peritaje que determine el valor de los intangibles afectados por la pérdida de notoriedad o notabilidad, así como el desprestigio ocasionado en la red, mediante técnicas de rastreo (monitorización online) por palabras clave, URL, email, números de teléfonos, nombres de usuario y mediante identidad analógica, además de investigación privada de un detective

Como experta en Identidad Digital, Imagen y Reputación en las Redes, a lo largo de los años, los clientes acudían a nuestro despacho aquejados de las deshonras que vivían en redes, además de las quejas por las calumnias, injurias, se fueron sumando filtraciones de información de carácter corporativo y secreto o confidencial. Ello nos llevó a desarrollar una metodología propia de análisis de riesgo reputacional, análisis de pérdida de identidad digital e imagen.

La reputación es una disciplina que siempre ha sido gestionada con el objetivo de ayudar a empresas y profesionales a crear marcas fuertes, generando un retorno positivo para las empresas. Las unidades de inteligencia y comunicación que disponen de políticas de inclusión de cálculos de riesgos reputacionales saben muy bien el coste de perder credibilidad en el sector. *Se tarda 20 años en construir una buena reputación y sólo 5 minutos para arruinarla*, Warren Buffet.

Para un afectado (empresa o profesional) que ha sufrido un ataque a su reputación en redes sociales o en Internet (Medios de comunicación, blogs, videos, imágenes) un buen dictamen pericial marcará el valor de los intangibles que ha perdido.

Es muy importante entender que cada vez más es necesaria la contribución del perfil del perito de identidad y reputación digital. Desde onBRANDING hemos registrado la propuesta de la nueva figura a tener en cuenta como categoría, pero ¿en qué consiste?

La pericial debe tener en cuenta los siguientes puntos: Análisis y valoración de la pérdida de notoriedad, notabilidad, verificar si se trata de robo, usurpación o suplantación de la identidad digital, y si esto le ha ocasionado un desprestigio de la misma imagen y una consecuente afectación

reputacional de la entidad (comercial o personal) en la red.

El proceso de análisis y valoración se realiza mediante técnicas de rastreo (monitorización online) por palabras clave, URL, email, números de teléfonos, nombres de usuario y mediante identidad analógica.

El rastreo se realiza mediante herramientas de *software* de monitorización en fuentes abiertas o fuentes cerradas (previa autorización firmada del cliente), y si requiere de investigación privada, de la colaboración de un detective.

El *software* de Ciberinvestigación (técnicas OSINT «Open Source Intelligence») debe emplear además evidencias certificadas digitalmente.

Una vez obtenidas las evidencias, se hace una valoración de la afectación (cuantitativa y cualitativa de la identidad digital, imagen y reputación del afectado).

Se mide en tanto los siguientes criterios cuantitativos y cualitativos:

- Notoriedad (como de conocida es la entidad)
- Notabilidad (como de reconocida ya la entidad)

El procedimiento de evaluación se realiza mediante el análisis de la identidad digital actual, se elabora un mapa de posicionamiento del estado actual de la identidad digital (se escoge el número de entidad/es, ya sea marca comercial, número de producto/s, número de usuario/s en redes sociales y aportando en los casos necesarios la identidad analógica del posible agresor (personal u organizado).

En este tipo de análisis además requiere de criterios cuantitativos para poder plasmar de una forma adecuada ante el juez las tendencias de búsquedas, la afectación en los resultados orgánicos en buscadores: google, bing, Yahoo, Yandex, etc. dependiendo del dominio a monitorizar. Así como la identificación de la naturaleza del ataque y de la identificación de identidades digitales de los posibles agresores y la identidad técnica de los mismos.

Asimismo, el informe establecerá un apartado de análisis de criterios cualitativos. Se estudiará la identificación de corrientes de opinión (a favor y en contra), temas de la conversación digital (de qué se habla, con qué se le relaciona), identificación de espacios de conversación, medios sociales (blogs, foros, redes sociales, webs, noticias ...): dónde se habla. Identificación de la hostilidad comunicativa, el tono: cómo se habla, y la identificación del grado de difusión de la conversación.

Sin olvidar el nivel de exposición de la información personal vertida en la red (consciente o inconsciente) y peligrosidad de la misma.

Una vez obtenidos los resultados se procede al análisis de los mismos y a reportar valoraciones de la posible pérdida de imagen y reputacional, la valoración de la pérdida de identidad digital, imagen y

reputación en la red (cuantitativa y cualitativa)

Para poder obtener una valoración, se deberá proceder a la comparación de la entidad afectada con periodos anteriores, por ejemplo, con posibles competidoras (nivel de visibilidad, conocimiento o tipo de competencia).

Desde hace 5 años, los dictámenes los realizamos de forma conjunta con peritos economistas, para poder emitir la valoración del coste económico de la pérdida reputacional y la valoración del coste medio de la reconstrucción y de la mejora de la identidad digital.



¿A quién está dirigido este tipo de pericial? Las Entidades que contratan estos servicios de valoración de la exposición de la identidad digital, Pérdida de imagen y análisis de super reputación online son: Empresas privadas, profesionales liberales, organizaciones sin ánimo de lucro, entidades públicas como Gobiernos. O cualquier ciudadano víctima de una crisis digital, una víctima de delitos tecnológicos reiterados, víctimas de delitos de odio en Internet, víctima de opiniones negativas organizadas y/o lobbies.

En ocasiones nos han requerido Cuerpos de seguridad del Estado que ven su imagen afectada tras una intervención policial que ha sido filmada y distribuida de forma descontextualizada.

También nos requieren de juzgados para proteger a víctimas de violencia (acoso, acecho, extorsión y múltiples delitos tecnológicos).

Desde hace unos años nos requieren para la protección digital de testigos protegidos, así como otros targets diferentes, celebridades, periodistas de investigación, directivos de departamentos de seguridad corporativa, abogados y psicólogos criminalistas.

.....

(1)

Perito judicial especializada en Identidad digital y reputación. Miembro de la Asociación Catalana de Peritos Judiciales y Forenses. Licenciada en Ciencias de la Comunicación por la Universitat Ramon Llull y Diplomada en Business Organization and Environment, University of Cambridge, e Inteligencia al Servicio del Estado y la Empresa. Profesora en la Universidad de Barcelona UB en el Máster de Ciberseguridad (Ciberinteligencia - OSINT), y en la Escuela de Policía de Catalunya (Ciberinvestigación y Protección de la identidad digital). En twitter @selvaorejon.

[Ver Texto](#)

Estudio comparativo sobre la prueba ilícita en Estados Unidos y en Derecho continental

Juan Antonio Andino López

Profesor Asociado Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

Resumen: Tras el impacto en el ámbito de la prueba ilícita en España de la STC 97/2019, el presente estudio analiza brevemente cómo en otros sistemas jurídicos la regulación o la aplicación de normas de exclusión ha ido menguando con el tiempo, maximizando el derecho a la prueba en el marco del procedimiento judicial. Así, se analizará cómo se ha producido el mismo fenómeno de reducción de la aplicación de las normas de exclusión en Estados Unidos, Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y España.

1. INTRODUCCIÓN

Las reglas de exclusión y la doctrina de los frutos del árbol prohibido son muy sugerentes para cualquier investigador, y tiene todos los elementos que pueden despertar la curiosidad de un erudito, desde la posibilidad de estudiar la doctrina estadounidense hasta la idea de perfilar el límite del derecho a la prueba en otros sistemas legales, y nos referimos a dichas reglas que excluyen una prueba debido a una violación de la Constitución y/o leyes fundamentales (1). La historia de las reglas de exclusión es la historia de un fenómeno menguante. Es cierto que el sistema legal en los Estados Unidos estableció una serie de límites para garantizar que la prueba no viole un derecho fundamental reconocido en su constitución, para garantizar una acción policial lícita en el descubrimiento e investigación de delitos, pero dicha formulación inicial ha sido progresivamente reducida, poco a poco, frente al derecho a la prueba, dirigiendo este tema a una cuestión de valoración de la prueba por el juez o por el jurado (2).

Si tenemos que excluir pruebas de los procedimientos civiles, dicha exclusión tendrá un impacto inmediato en la búsqueda de la verdad a través de los procedimientos judiciales en sí; sin embargo, la pregunta podría ser, como lo mencionaron RIJAVEC y KERESTEŠ: «¿es posible tener la corrección en el procedimiento con prueba obtenida ilegalmente o en violación de los derechos humanos?» (3).

Esa pregunta nos lleva al estudio de las reglas de exclusión en los diferentes sistemas legales, y este estudio podría ser complicado en cuanto a la determinación del origen de las reglas de exclusión, ya que, en España, por ejemplo, los autores discuten si las reglas de exclusión españolas adoptan la doctrina estadounidense de los frutos del árbol prohibido (4). Por esa razón en particular, se emitirá una breve explicación histórica con respecto a las reglas de exclusión y luego nos centraremos en el estado actual de las reglas de exclusión tanto en los Estados Unidos como en los sistemas de leyes

continentales en Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y España.

2. LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN, BREVE PRELUDIO HISTÓRICO

La idea inicial sobre el origen de las reglas de exclusión consiste en tratar de detener y evitar las prácticas abusivas de jueces y policías de cualquier país, como las técnicas policiales utilizadas durante el interrogatorio de un sospechoso, para asegurar que los sospechosos sean informados de su derecho a guardar silencio durante el interrogatorio, evitar una detención prolongada en el tiempo, para detener las violaciones de búsqueda e incautación en busca de prueba incriminatoria, escuchas telefónicas, etc. Sin embargo, a pesar de esta idea introductoria común, tanto en los sistemas de *common law* como en los sistemas de derecho continental, la razón histórica de su introducción varía en cada país, como explicaremos a continuación. Es cierto que, hasta los tiempos modernos, la tortura se usaba habitualmente para obtener confesiones en presencia de un magistrado (hasta el siglo XVIII), y dicha práctica fue utilizada por la policía hasta el siglo XX (5).

Pero ¿por qué se implementaron reglas de exclusión en varios países durante el siglo XX? Como explica PAKTER, «los tribunales franceses han implementado reglas de exclusión por razones de "política pública", "derecho de defensa" y "buena administración de justicia". Estos conceptos son similares a las nociones de integridad judicial de los Estados Unidos, los derechos de los acusados y el debido proceso en Alemania, que tenía solo una débil tradición de exclusión antes de la Segunda Guerra Mundial, y que ha desarrollado reglas de exclusión para implementar disposiciones en la Constitución Federal de 1949 que garantizan la dignidad humana y el derecho al desarrollo de la persona. Italia, que no tenía una tradición anterior a la guerra de excluir prueba, ha derivado reglas excluyentes en su Constitución de 1948 para proteger los derechos civiles de los ciudadanos contra una actividad policial ilegal». Añadimos, con respecto al Reino Unido, que dicho país es hostil a la hora de excluir cualquier prueba relevante en casos penales (6). Con respecto a España, debemos agregar que no existe una tradición de excluir pruebas hasta la STC 114/1984, de 29 de noviembre, cuya doctrina cristalizó en el art. 11 LOPJ (7).

De hecho, la primera sentencia de la que tenemos constancia que excluyera una prueba del proceso fue emitida por el *Parlement de Toulouse* (Francia) el 12 de febrero de 1672, que declaró nula y sin valor alguno un registro ilegal (8). Pero ¿cuáles fueron los antecedentes históricos para promulgar reglas de exclusión en cada país? Los autores se centran en el período posterior a la finalización de la Segunda Guerra Mundial en Europa (aunque también mencionaremos a los Estados Unidos), e incluso después de ese evento (como es el ejemplo de España). Al final de la Segunda Guerra Mundial Europa estaba en un «estado de caos económico y constitucional» (9). El Alto Mando Aliado tenía la carga de restaurar el orden y la solución aplicada fue diferente para Francia, Alemania e Italia, que procedemos a resumir a continuación.

En primer lugar, Francia rechazó abiertamente la asistencia de los Aliados en sus asuntos internos, porque se promulgó la Constitución de 1946 para resolver la crisis de la disolución del régimen de Vichy, un régimen que cooperó con los nazis durante la Segunda Guerra Mundial. Como resultado de eso, se emitió una purga interna y las violaciones del debido proceso antes de la Guerra continuaron

después de ella, y el uso de la violencia y la tortura por parte de la policía se usó al menos hasta fines de la década de 1950, lo que llevó a la promulgación de reglas de exclusión respecto a las pruebas obtenidas con una violación de los derechos fundamentales, con los matices que veremos posteriormente (10).

Por su parte, Alemania no tuvo la oportunidad de decidir, ya que los Aliados administraron Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, y establecieron tribunales militares para controlar a la policía civil alemana antes de rearmarlos y reinstalarlos, y los tribunales alemanes se reabrieron después de los procedimientos de desnazificación en el otoño de 1945. Bajo tal escenario, se promulgaron normas de exclusión probatoria bajo la justificación de evitar la repetición de las prácticas que ocurrieron bajo el régimen nazi, y luego, cuando se cubrió dicha prevención, para garantizar la dignidad humana (11).

Italia es un caso similar a Francia, en el sentido de que los Aliados no ayudaron a dicho país después de la Segunda Guerra Mundial, lo que podría resultar extraño porque Italia estaba gobernada por un régimen fascista antes y durante la Guerra. Las reglas de exclusión no se promulgaron en Italia hasta finales de la década de 1960 porque no había fuerzas de ocupación para ayudar y mantener el orden, y también porque, a diferencia de Francia y Alemania, los tribunales italianos aplicaron sanciones penales a la policía que obtenía pruebas a través de la fuerza y a la que procedió con registros e incautaciones ilegales. Los Aliados no ayudaron porque consideraron que los ciudadanos desempeñaron un papel importante en su propia liberación, y también porque la violación de los derechos humanos llevada a cabo por los fascistas en Italia fue menor que la causada por los nazis en Alemania. Por lo tanto, los partisanos jugaron un papel importante para liberar a Italia del fascismo, y la monarquía italiana fue reemplazada por la República italiana después de un referéndum de 1947 (12).

Para valorar las normas de exclusión en España no tenemos que mirar al final de la Segunda Guerra Mundial, sino a la muerte del dictador Franco y a la transición política a la democracia, que tuvo lugar durante la década de 1970. Las normas de exclusión se aplicaron y reconocieron en primer lugar por el Tribunal Constitucional español con su sentencia número 114/1984, de 29 de noviembre de 1984, que condujo en 1985 a la promulgación del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y finalmente, en el ámbito civil, en el año 2000 con la promulgación del artículo 287 de la Ley Procesal Civil española, que establece que si se obtiene una prueba que viola un derecho constitucional fundamental, dicha prueba no puede aportarse a un procedimiento judicial. Sin embargo, como veremos, dicha doctrina ha quedado súbitamente impactada tras la STC 97/2019, de 16 de julio de 2019.

Por último, pero no menos importante, tenemos que mencionar brevemente cómo las reglas de exclusión también se implementaron en los Estados Unidos. Se entiende que las reglas de exclusión se aplicaron cuando la Cuarta, Quinta y/o Sexta Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos eran violadas por la policía (13), gracias a los casos judiciales emitidos por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que sometieron la violación de las referidas Enmiendas a una cuestión de orden federal. Centrándose en la Cuarta Enmienda, en 1961 la Corte Suprema declaró en *Mapp v. Ohio* que la exclusión de la prueba obtenida como resultado de una violación de la Cuarta Enmienda en un

registro e incautación era una cuestión federal (aplicada en consecuencia a todos los Estados de los Estados Unidos). Como se menciona en *Mapp*, la razón detrás de la regla de exclusión es el principio del imperativo de la integridad judicial: los jueces y magistrados no pueden beneficiarse ni ser cómplices de una acción inconstitucional llevada a cabo por agentes de policía. La construcción de la regla de exclusión continuó posteriormente con *Massiah v. Estados Unidos* (declarando el derecho a un abogado garantizado por la Sexta Enmienda, y excluyendo la prueba obtenida mediante la confesión del acusado sin asistencia letrada), y finalmente con *Miranda v. Arizona* (declarando el incumplimiento de la Quinta Enmienda en el supuesto en el que el sospechoso no sea informado de sus derechos y los renuncie voluntariamente). Por lo tanto, podemos sostener que, en los años en que se pronunciaron dichas sentencias, la constitución federal de los Estados Unidos actuó como un estándar primario para la admisibilidad de las pruebas obtenidas ilegalmente (14). La escala para aplicar la regla de exclusión cuando hay una violación de la Cuarta Enmienda de la Constitución es proporcionada por el llamado «*test de Katz*» (15), que establece que «si la prueba se obtuvo como resultado de un registro sujeto a la regulación de la Cuarta Enmienda, y si el citado registro no se realizó de conformidad con una orden judicial válida, entonces el descubrimiento de la prueba es ilegal a menos que los hechos concretos constituyan una excepción al requisito general de una garantía judicial y constituyan una causa probable» (16).

¿Por qué las reglas de exclusión también se implementaron en los Estados Unidos? Porque se sostiene que «la policía tenía una cultura de violencia y secretismo; y administraron "justicia sin juicio". Más allá de eso, eran racistas, intolerantes y arrogantes, características que parecían cada vez más evidentes y más preocupantes a medida que avanzaba la década de 1960» (17). Veremos que, incluso bajo reglas de exclusión en vigor, pronto surgieron excepciones a las mismas, y tal vez podamos argumentar, junto con SKLANSKY, que «los tribunales tienen el derecho de sugerir que la policía ha cambiado mucho desde la década de 1960» (18), y quizás debemos preguntarnos: ¿han quedado obsoletas las reglas de exclusión en los Estados Unidos?

En definitiva, podemos comprobar que las reglas de exclusión, tanto en el derecho continental como en el *common law*, se implementaron para tratar de detener los abusos policiales en la búsqueda y registro y en la violación de los derechos fundamentales; sin embargo, como veremos, el alcance de dichas reglas se redujo progresivamente en diferentes resoluciones judiciales, estableciendo excepciones que han dejado las reglas de exclusión a una evidente disminución. Para ello, tomaré como punto de partida la regulación de las reglas de exclusión en Estados Unidos y su progresiva disminución, ya que es un modelo que, veremos, se produce también en el ámbito del derecho continental.

3. REGULACIÓN DE LAS NORMAS DE EXCLUSIÓN

3.1. El punto de partida: la progresiva reducción de las normas de exclusión en Estados Unidos

Se dice que, después de *Mapp v. Ohio*, los departamentos de policía comenzaron a estudiar las consecuencias constitucionales de las diligencias de entrada y registro sin órdenes judiciales en los procesos penales, y a comprender el estado legal y el marco de la Cuarta Enmienda de la Constitución (19). Cuando el Presidente del Tribunal Supremo, Earl Warren, se retiró en 1969, la

doctrina de la regla de exclusión también comenzó a ser reducida lentamente por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Como hemos visto en *Mapp*, la razón detrás de la exclusión era el principio del «imperativo de la integridad judicial» (*imperative of judicial integrity*), que afirmaba que los jueces y magistrados no pueden beneficiarse ni ser cómplices de una acción inconstitucional llevada a cabo por agentes de policía, y si admiten la prueba obtenida ilegalmente por la policía, les haría cómplices de tal ilegalidad, y la conclusión fue que la regla de exclusión estaba en consecuencia directamente relacionada con la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

Dicha doctrina cambió en la década de 1970 con *Calandra* y *Janis* (20). Con dichas sentencias, se abandonó el principio de imperativo de integridad judicial porque los jueces no pueden ser cómplices cuando la violación de la Cuarta Enmienda no ha sido ejecutada por ellos y fue ejecutada por la policía incluso antes de que existiera un procedimiento judicial, y la norma de exclusión se entendió así en adelante como elemento disuasorio (*deterrent effect*) para futuras intervenciones policiales. Así, la justificación de la regla de exclusión consiste evitar futuros comportamientos ilegales de la policía al obtener pruebas, y evitar la violación de la Cuarta Enmienda (21), pero para hacer que la policía respetara dicha Enmienda en el futuro, se abrió entonces una valoración judicial para aplicar o no la propia regla de exclusión. Dicha doctrina es importante porque el punto de vista principal es el efecto disuasorio de la propia regla de exclusión y, por lo tanto, la regla de exclusión deja de tener naturaleza constitucional y pasa a ser un simple recurso de creación judicial, y «la Corte ha aplicado una prueba de equilibrio que establece beneficios disuasivos de la exclusión contra sus costos medidos en términos de prueba perdida» (22).

Dado que la regla de exclusión en los EE. UU. se convierte en un recurso de creación judicial (dejando de ser una cuestión directamente constitucional), permite que se aplique una lista de excepciones a la regla de exclusión, por ejemplo (23): (i) cuando hay una violación de las reglas de la doctrina *Miranda*, pero dicha violación ha sido involuntaria o ha sido una violación imprudente por parte de la policía (24); (ii) excepción de seguridad pública, declarada en *Nueva York v. Quarles* (25), en la cual el oficial interrogó directamente al Sr. Quarles sobre la ubicación concreta de un arma sin leer sus derechos en primer lugar, de acuerdo con la doctrina *Miranda*. La Corte Suprema declaró que las reglas de *Miranda* son advertencias profilácticas, pero no constituyen derechos protegidos por la constitución, reafirmando lo que ya se había dicho en *Michigan v. Tucker* (26); (iii) la *impeachment exception* (27): el jurado no puede usar las declaraciones inculpativas del acusado tomadas por violación de la doctrina *Miranda* antes del procedimiento judicial, pero puede tomarlas en consideración para determinar la credibilidad del acusado, confrontando el contenido de dichas declaraciones con las realizadas por él en el acto de juicio; (iv) excepción de error inofensivo (*harmless error exception*) (28): según la cual el tribunal analizará el «error» policial que ha causado la violación constitucional. Si dicho «error» es insignificante o inocuo (es decir, no es relevante para determinar la culpabilidad del acusado), se aplicará esa excepción. La regla de exclusión no se aplicará mientras la acusación demuestre más allá de cualquier duda razonable que la admisión de la prueba en primera instancia no tuvo un impacto final o una gran relevancia en la declaración de culpabilidad del acusado; y (v) la excepción de buena fe (*good faith exception*) (29), lo que significa que la regla de exclusión no se aplicará en caso de que se pruebe que la policía actuó de buena fe

(entendida como una acción policial de buena fe, bajo la creencia objetivamente razonable de que ellos actuaron de acuerdo con el sistema legal y no implicaba una violación constitucional) debido al hecho de que, en dichas circunstancias, la regla de exclusión no cumplió con ningún efecto disuasorio.

Finalmente, se dice que las reglas de exclusión han sido casi dismanteladas después de la sentencia *Hudson v. Michigan* (30), en la cual el Tribunal Supremo estableció un análisis de dos pasos (*two-step analysis*) de la regla de exclusión: primero, los tribunales deben determinar si la violación constitucional fue la causa directa de la obtención de la prueba y, además, si la violación no puede ser mitigada en relación con los intereses sometidos a protección; segundo, al aplicar la técnica de ponderación de intereses, los tribunales deben determinar si los costos sociales de suprimir la prueba superan el beneficio de disuadir futuras violaciones constitucionales. Como podemos ver, dicho juicio casi implica la obsolescencia y la no aplicación de la regla de exclusión bajo el argumento de que «ahora tenemos cada vez más pruebas de que las fuerzas policiales en los Estados Unidos toman en serio los derechos constitucionales de los ciudadanos» (31), cuando existe prueba justamente de lo contrario (32).

Pero ¿cuál es el presente o el futuro de las reglas de exclusión? Las opciones apuntadas por parte de la doctrina son varias:

- Las reglas de exclusión no deben aplicarse porque se ha demostrado que tienen un efecto disuasorio real de dichas reglas hacia la acción presente o futura de la policía (33).
- No existe un consenso común hacia un verdadero efecto disuasorio, porque diferirá de un departamento de policía a otro y depende de otros factores (34).
- La regla de exclusión no tendría que ser totalmente abandonada porque todavía despliega efectos que se pueden aplicar antes de cualquier otra medida alternativa (35).

Determinaremos a continuación que la experiencia de EE. UU. ha influido en los sistemas legales vigentes en Europa: las reglas de exclusión aplicadas por los tribunales se han ido reduciendo progresivamente, prevaleciendo el derecho a la prueba y dejando la regla de exclusión como una solución antigua a una violación de derechos constitucionales. Como sucedió en los Estados Unidos, hoy en día todavía existe la posibilidad de excluir una prueba, pero prevalece el derecho a la prueba porque también se entiende que el trabajo de la policía (o de los particulares) se realiza correctamente.

3.2. Países que han promulgado legislación expresa que excluye la prueba que vulnera un derecho fundamental

Este es el caso de España; para empezar, el derecho a la prueba es un derecho fundamental establecido en el artículo 24 de su Constitución. Por lo tanto, si una prueba tiene que ser expulsada de los procedimientos judiciales es porque dicha prueba viola directamente un derecho fundamental (por ejemplo, una prueba obtenida mediante tortura o violando el secreto de las comunicaciones entre las partes). Sin embargo, y en el caso específico de España, se ha promulgado el artículo 11 de

la Ley Orgánica del Poder Judicial, y también el artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, dichos artículos deben estudiarse juntamente con la evolución de las sentencias dictadas por parte del Tribunal Constitucional español (36). Para resumir dicha doctrina, las sentencias judiciales (así como los artículos mencionados) establecen que una prueba que ha violado un derecho fundamental deberá ser expulsada de los procedimientos judiciales. Al principio, debemos tener en cuenta que, para el Tribunal Constitucional español, la violación de un derecho fundamental es tan grave que la prueba que se pretende adjuntar al proceso que viola un derecho fundamental debe ser expulsada inmediatamente del mismo, por lo que el juez no puede tomar en consideración o valorar dicha prueba. Veremos que dicha idea inicial (tal como se aplicó durante estos años) ha cambiado debido a la STC 97/2019, de 16 de julio de 2019.

El punto de partida de las reglas de exclusión en España corresponde a la STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984, que representó el primer caso en el que se puso sobre la mesa la cuestión de la norma de exclusión, y el TC declaró que en el caso en el que la obtención de una prueba se violara un derecho fundamental entonces dicha prueba tendrá que ser expulsada del proceso, sin posibilidad de que el juez la pueda valorar. Dicho punto de partida implicaba en 1985 la promulgación del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que «en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Después de dicha promulgación, también había una base legal para expulsar de un procedimiento judicial cualquier prueba obtenida que violara directa o indirectamente un derecho fundamental establecido en la Constitución española. El término «indirectamente» abría pues la doctrina de los frutos del árbol prohibido en España (con base en la STC 114/1984), y fue confirmado por la STC 85/1994, de 14 de marzo.

Hasta la década de los noventa, la situación judicial era bastante clara en España, pero como sucedió en los EE.UU., Las excepciones a la regla general de exclusión comenzaron a aplicarse: la primera Sentencia se refirió a la «prueba legalmente independiente» (STC 86/1995, de 6 de junio), y corresponde con una excepción importada directamente de los Estados Unidos. La STC 86/1995 atribuye la condición de «prueba legalmente independiente» a la confesión voluntaria del acusado en el contexto del procedimiento penal, dado que dicha confesión ocurrió después de una intervención telefónica en violación del derecho al secreto de las comunicaciones, y parte de la doctrina española considera que el juicio español parece estar inspirado por la excepción de la conexión causal atenuada (purged taint) de la jurisprudencia estadounidense, que se basa en el caso *Wong Sun v. Estados Unidos* (37), donde casi toda la prueba obtenida por la policía fue rechazada, basándose en un registro ilegal, pero sin embargo, la confesión de uno de los acusados fue validada, porque había tenido lugar después de que terminara el arresto, mediante la asistencia voluntaria del confesor en las oficinas de la policía y después de ser informado de sus derechos. En este sentido, y a pesar de considerar a la Corte Suprema de los Estados Unidos que, si el registro ilegal inicial no existiera, la confesión probablemente no hubiera ocurrido, aunque la voluntariedad y la información de los derechos del confesor fueron hechos decisivos para romper la relación de causalidad entre prueba ilícita (entrada y registro ilegal) y la posterior confesión voluntaria (38).

La segunda excepción está representada por el «descubrimiento inevitable» de la prueba, y se basa en la STC 974/1997, de 4 de julio. El «descubrimiento inevitable» debe limitarse a los supuestos de las acciones policiales llevadas a cabo de «buena fe», para evitar la promoción de acciones que tienden a «acelerar», a través de cauces no constitucionales para obtener una prueba que se obtendría indefectiblemente por otros medios, pero más tarde; buena fe que en este caso concurre porque hubo una autorización judicial debidamente obtenida, aunque la misma tuviera una motivación deficiente (39).

La tercera excepción está representada por la doctrina del «hallazgo causal», desarrollada en la STC 1313/2000, de 21 de julio, que establece una variación del «descubrimiento inevitable» mencionado anteriormente. El ejemplo de la Sentencia es el siguiente: en una entrada y registro en un lugar específico, la policía encontró drogas en los pantalones del acusado. Si bien el hallazgo de la droga no está justificado por el tenor literal de la orden judicial, el hallazgo estaría protegido por la flagrancia del delito, no siendo de ninguna manera nulo dicho hallazgo (40).

Según varios autores, la cuarta excepción vino a representar un duro golpe para las normas de exclusión (aunque, como veremos, con un impacto menor que el provocado por la STC 97/2019), y se establece en la STC 81/1998, de 2 de abril, promulgando la doctrina de la «conexión de la antijuridicidad». De acuerdo con la doctrina antes mencionada, para el reconocimiento de la ineficacia de la prueba (regla de exclusión) se solicita un elemento adicional, la conexión de la antijuridicidad, cuya libre valoración por parte del juez dependerá de la perspectiva interna (naturaleza y características de la violación original) del derecho fundamental) y de la perspectiva externa (las necesidades de protección del derecho fundamental afectado por la ilegalidad). La doctrina de la conexión de la antijuridicidad se ha aplicado a los supuestos de confesión voluntaria del acusado (41) y al descubrimiento independiente (si existen diferentes líneas de investigación, se defiende la idea de que, si una de ellas es anulada por inconstitucional, el resto de las líneas deben subsistir y mostrar sus efectos probatorios en el marco del procedimiento) (42).

La última es la llamada «excepción de buena fe», y esta excepción se aplica a aquellas acciones policiales que se llevan a cabo bajo la firme convicción de su legalidad por la policía. Así, por ejemplo, en la STC 22/2003, de 10 de febrero, el caso de una entrada y registro en una casa, llevado a cabo por la policía con el consentimiento de la esposa del acusado, siendo el resultado del cual el hallazgo de un arma. Así, el tribunal considera que existe una violación del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 de la Constitución española), porque considera que el consentimiento de la esposa no era válido, pero aplica la doctrina de la buena fe policial porque el consentimiento de la esposa parecía una autorización suficiente para llevar a cabo la entrada y registro, y esto llevó a la policía a creer firmemente que se respetaba la Constitución en dicha actuación. El Tribunal indica, en dicha Sentencia, que «la violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio es, por así decirlo, un mero accidente» (43).

No obstante, en el campo de las normas de exclusión en España, debemos acabar citando la STC 97/2019, que formula las siguientes tres reglas en materia de prueba ilícita:

«Primera: la inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado;

Segunda: la regla de exclusión de la prueba ilícita tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo (art. 24.2 CE); y

Tercera: la violación de las garantías procesales del art. 24.2 CE, en relación con la prueba ilícitamente obtenida, ha de determinarse a través de un juicio ponderativo tendente a asegurar la igualdad de las partes y el proceso justo y equitativo. La cuestión a dilucidar es ¿Cuáles son los elementos necesarios de este juicio ponderativo? En función de la citada STC 97/2019, de 16 de julio, estos elementos (o juicios ponderativos) son dos: (a) en primer lugar, ha de determinarse la índole de la ilicitud verificada en el acto de obtención de los elementos probatorios (si es infra o constitucional, ya que si es infraconstitucional no se puede hablar con propiedad de la existencia de prueba ilícita); y (b) ha de determinarse su ligamen o conexión con los derechos procesales de las partes desde el prisma del proceso justo y equitativo» (44).

3.3. Países que contemplan otros remedios procesales (como por ejemplo la nulidad) para excluir pruebas del proceso

Existe otro grupo de sistemas jurídicos que podrían expulsar la prueba de sus respectivos procedimientos judiciales cuando se viola un derecho fundamental, no basando su decisión en una ley concreta que regule una regla clara y expresa de exclusión, sino en otras reglas que prevén soluciones similares. Nos referimos a Alemania, Italia, Francia y Reino Unido:

3.3.1. El ejemplo de Italia y una posible solución: la inutilizzabilità

En Italia, el artículo 191 de su Ley de Procedimiento Penal establece una especie de norma de exclusión y, en el caso de que la prueba haya sido aceptada por un juez, la prohibición de valorar las pruebas obtenidas mediante violación de ley (*inutilizzabilità* de la prueba) (45). La solución italiana para las normas de exclusión se basa fundamentalmente en casos judiciales, pero también en la posibilidad de aplicar el citado artículo 191, y la prueba podría ser expulsada del proceso, pero en el caso de que la prueba sea admitida pero declarada posteriormente bajo los efectos del art. 191, entonces el juez no podrá basar su decisión en dicha prueba (46), y la *inutilizzabilità* de la prueba implica que dicha prueba no podría ser utilizada en un procedimiento civil, penal o administrativo (47).

La citada *inutilizzabilità* también podría aplicarse cuando una prueba viola un derecho constitucional, aunque la doctrina discute si la expresión «prohibiciones establecidas por ley» del art. 191.1 se refiere solo a la Ley de Procedimiento Penal o si se podría extender a la Constitución o a otras leyes (48). La doctrina del Tribunal Constitucional italiano no es clara en este punto, y las decisiones dependen del caso concreto presentado al Tribunal (49). Como podemos ver, en Italia no existe una referencia legal concreta a una regla de exclusión, pero hay una solución de procedimiento cuando surge este problema, porque podría entenderse que una violación de un derecho fundamental podría llevar al juez a aplicar el art. 191 de la Ley Procesal Penal italiana, aparte de los casos judiciales que

respaldan la idea de aplicar una norma de exclusión, por ejemplo, en relación a escuchas telefónicas o a entradas y registros ilegales (50).

3.3.2. *El test sobre «la prueba injusta» del Reino Unido*

En el Reino Unido, la posición es diferente porque en caso de que el tribunal entienda que dicha prueba es injusta, entonces no se tomaría en consideración. En los procesos penales, la Sección 78 de la Ley de Policía y Prueba Criminal confiere expresamente dicho poder al tribunal si se entiende que la prueba es injusta (51). Con respecto a los procedimientos civiles, se podría encontrar una regla similar en la Sección 32.1 (2) CPR (52). Si atendemos a casos judiciales concretos en el Reino Unido, entonces podemos encontrar que una prueba podría considerarse «injusta» en el caso en que en su obtención se produzca una violación de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por lo tanto, en el Reino Unido, la regla de exclusión se somete a una prueba de «prueba injusta» antes de su posible exclusión, prevaleciendo en consecuencia el derecho a la prueba.

3.3.3. *Las «prohibiciones probatorias» (Beweisverbote) en Alemania y su test de exclusión*

En Alemania, podemos encontrar «prohibiciones probatorias» escritas y no escritas (*Beweisverbote*), que se aplican bajo ciertas circunstancias, incluida la violación de los derechos fundamentales (53). De acuerdo con dicha doctrina, podemos encontrar prohibiciones que podrían aplicarse a la obtención o la valoración de las pruebas en Alemania.

De acuerdo con las prohibiciones probatorias vinculadas a su obtención, encontramos límites con respecto a la búsqueda de la verdad en el proceso judicial, y debemos diferenciar entre (i) prohibiciones probatorias vinculadas con los hechos (*Beweisthemaverbote*) como, por ejemplo, secretos oficiales, o información de una confesión mantenida frente a un clérigo (54); (ii) prohibiciones probatorias vinculadas con el método de su obtención (*Beweismethodenverbote*) como, por ejemplo, la prohibición de obtener prueba mediante el empleo de tortura (55); y (iii) prohibiciones probatorias vinculadas con el tipo concreto de prueba como, por ejemplo, la forma en que se lleva a cabo un examen físico del acusado o la obtención de su sangre para su posterior análisis (56). La utilización de una prueba estará prohibida en el caso de que exista una prohibición de la aplicación de la prueba más una ley específica o una doctrina de un caso judicial (como la «teoría de la estabilidad», que se comentará más adelante). Por lo tanto, la «ley específica» puede estar representada por una prohibición probatorias establecida en la ley (por ejemplo, §136.a.1 StPO) o por una violación de un derecho fundamental. En el caso de que exista una violación de un derecho fundamental, la exclusión de la prueba se convierte en obligatoria para el tribunal porque dicha prueba también viola el principio de un juicio justo (57).

La doctrina alemana es consciente de la tensión existente entre la búsqueda de la verdad mediante el derecho a la prueba y la violación concreta de un derecho fundamental o una ley procesal, y la teoría dominante está representada por la denominada «teoría de la estabilidad» y los intereses a sopesar se especifican teniendo en cuenta la gravedad del hecho (por ejemplo, del delito) y el peso específico de la infracción procesal. Dicha ponderación corresponde al juez de la instancia, quien debe decidir en el juicio si puede remediar la infracción procesal o si tiene que entender que existe una prohibición probatoria y expulsar la prueba del procedimiento o conservarla, pero no valorarla

posteriormente en sentencia (58) .

3.3.4. El principio de lealtad de la prueba en Francia

En Francia existe un principio de lealtad o de justicia de la prueba (*loyauté de la preuve*). Según dicho principio, no se admiten pruebas en el caso de que se obtuvieran o se proporcionaran injustamente. Aunque el estudio concreto de la prueba ha irrumpido notablemente durante estos últimos años en Francia, los tribunales siempre han tendido a rechazar la prueba fraudulenta o ilícita, pero por una razón basada en el principio de lealtad y/o en el art. 6 CEDH (que establece el derecho a un juicio justo), y se está utilizando hoy en día para respaldar la exclusión de una prueba del proceso (59) .

De acuerdo con el principio de lealtad, las partes deben actuar conforme a las exigencias de la buena fe al obtener la prueba. En consecuencia, está prohibido obtener pruebas utilizando trucos o artimañas, como grabaciones telefónicas sin el permiso ni el conocimiento de los intervinientes. Cabe destacar que dicho principio no se aplica en los procesos penales porque se entiende que la búsqueda de la verdad es el objetivo primordial de dicho procedimiento. Sin embargo, el derecho a la prueba no es absoluto, ya que debe aplicarse junto a un principio de lealtad, basado en los intereses de los derechos humanos y el principio de proporcionalidad (60) .

4. REFLEXIÓN FINAL

Como hemos podido comprobar en este breve estudio, las normas de exclusión de la prueba por vulneración de un derecho fundamental se hallan presentes, de forma más o menos explícita, en todos los ordenamientos jurídicos examinados. A medida que el tiempo avanza, por regla general el campo de aplicación de normas de exclusión por vulneración de derechos fundamentales se va progresivamente reduciendo, prevaleciendo en la actualidad el derecho a la prueba y dejando para muy pocos supuestos la aplicación de las normas de exclusión de la prueba, por lo que podemos sostener que en los ordenamientos jurídicos se suele optar por admitir la prueba en el procedimiento judicial, sin perjuicio de la valoración que pueda llevar a cabo el juzgador sobre cómo y bajo qué circunstancias la parte o las autoridades obtuvieron dicho elemento probatorio, aplicando restrictivamente las normas de exclusión aún vigentes.

(1)

Tomamos como objeto de análisis la terminología utilizada por DAMAŠKA, M.R., «EL DERECHO PROBATORIO A LA DERIVA», traducción de Joan Picó i Junoy (el título original de la obra es «Evidence Law Adrift»), ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 30-31.

Para Francia, Alemania e Italia, *vid.* PAKTER, W., «*Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*», HASTINGS INT'L & COMP. L. REV., 1 (1985), pp. 1-57. Para España, *vid.* PICÓ I JUNOY, J., «EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL», ed. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 283-367. Para Estados Unidos, *vid. infra*, notas 13-35. Por ejemplo, y para ilustrar que el estudio de las normas de exclusión es una materia sugerente para autores no estadounidenses, *vid.* MIRANDA ESTRAMPES, M., «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL SISTEMA ESTADOUNIDENSE. CRÓNICA DE UNA MUERTE ANUNCIADA» (en adelante «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN»), ed.

Marcial Pons, Madrid, 2019.

[Ver Texto](#)

- (2) Para los EEUU, *vid.* CAMMACK, M.E., «The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule in the United States», *THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW*, Vol. 58, 2000, pp. 631-658. En relación a los diferentes y posibles conflictos de leyes en EE.UU. a la hora de aplicar las normas de exclusión, *vid.* MCGLYNN, M., «Competing Exclusionary Rules in Multistate Investigations: Resolving Conflicts of State Search-and-Seizure Law», *YALE LAW JOURNAL*, Vol. 127, n. 2, November 2017, pp. 406-463.

[Ver Texto](#)

- (3) RIJAVEC, V. and KERESTEŠ, T., «Restrictions on the admissibility of evidence», en el libro editado por C.H. van Rhee y A. Uzelac, *EVIDENCE IN CONTEMPORARY CIVIL PROCEDURE*, Intersentia, Ltd., Cambridge (UK), 2015, p. 87.

[Ver Texto](#)

- (4) Para nuestro propósito acreditativo de la referida discusión doctrinal, *vid.*, por todos, PICÓ I JUNOY, J., «EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL», *op. cit.*, pp. 283-367.

[Ver Texto](#)

- (5) PAKTER, W., «Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy», *op. cit.*, pp. 5-6. Dicho autor indica que «Durante el siglo XVIII, bajo la influencia de la Ilustración, la tortura administrada judicialmente fue abandonada al ser considerada "cruel e inútil". En la práctica, sin embargo, la tortura a menudo se trasladaba de la sala del tribunal a la trastienda de las comisarías de policía» (p. 6).

En relación al uso de la tortura durante la Edad Media hasta el siglo XIX, *vid.* HEVIA BOLAÑOS, «CURIA FILIPICA», Madrid, 1776, pp. 228-232, y en su 2ª edición de 1825, Madrid, pp. 237-241, donde se indicaba que toda confesión obtenida bajo tortura ilícita era considerada nula; *supra*, en 231-232 y en su 2ª edición en 240-241. En relación a la tortura empleada por parte de la Santa Inquisición, *vid.* DEL VALLE, D.G., «ANALES DE LA INQUISICIÓN», Imprenta de Gregorio Hernando, Isabel la Católica, Madrid, 1868, pp. 177-179.

[Ver Texto](#)

- (6) PAKTER, W., «Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy», *op. cit.*, p. 2; además *vid.* ZUCKERMAN, «ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE, PRINCIPLES OF PRACTICE» (en adelante «ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE»), 3ª edición, Sweet & Maxwell and Thomson Reuters, London, 2013, p. 1030; dicho autor establece que: «La posición tradicional de la ley inglesa era que el tribunal no tenía poder discrecional para excluir ninguna prueba simplemente porque desaprobaba los medios por los cuales se obtuvo la misma», citando en este sentido la opinión de Lord Goddard, C.J.:

«En opinión de sus Señorías, el examen que se aplicará al considerar si la prueba resulta admisible consiste en determinar si es relevante para los asuntos enjuiciados. Si es así, es admisible, y al tribunal no le preocupa cómo se obtuvieron las pruebas».

Vid. *Kuruma v. R* [1955] AC 197, 1 All ER 236 en 203, 239 respectivamente; *vid.* ZUCKERMAN, «ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE», *op. cit.*, nota 81 y en p. 1030.

Ver Texto

(7) PICÓ I JUNOY, J., «EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL», *op. cit.*, pp. 311-315.

Ver Texto

(8) PAKTER, W., «*Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*», *op. cit.*, nota 10, p. 4.

Ver Texto

(9) PAKTER, W., «*Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*», *op. cit.*, p. 8.

Ver Texto

(10) Dichas razones son tratadas y desarrolladas en PAKTER, W., «*Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*», *op. cit.*, pp. 8-15, con el concreto tratamiento respect a detenciones prolongadas en Francia (*garde à vue*), que podían implicar una detención prolongada del sospechoso más allá de cuatro días.

Ver Texto

(11) PAKTER, W., «*Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*», *op. cit.*, pp. 16 -17. *Vid.* además art. 1.a de la Constitución Alemana, que establece que «La dignidad humana será inviolable. Respetarla y protegerla será el deber de toda autoridad estatal».

Ver Texto

(12) PAKTER, W., «*Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*», *op. cit.*, pp. 20-22.

Ver Texto

(13) La Cuarta Enmienda establece,

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o afirmación y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.

La Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece,

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness

against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without *due process* of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otro castigo por crimen infame si un Gran Jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de Guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

Finalmente, la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece,

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense.

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho a ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado para su defensa.

Las normas de exclusión en Estados Unidos se aplican únicamente cuando la policía obtiene pruebas vulnerando una Enmienda Constitucional y, en consecuencia, las normas de exclusión no pueden aplicarse cuando son los particulares los que obtienen dicha prueba vulnerando dichas Enmiendas; *vid. MIRANDA ESTRAMPES, M.*, «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, pp. 19-20.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁴⁾ *Mapp v. Ohio*. 367 U.S. 643 (1961).

Massiah v. United States. 377 U.S. 201 (1964).

Miranda v. Arizona. 384 U.S. 436 (1966), que estableció las conocidas reglas Miranda, en el momento del arresto y antes de cualquier interrogatorio la policía debe informar inmediatamente al detenido sobre los siguientes derechos: 1. que tiene derecho a permanecer en silencio; 2. que cualquier cosa que él diga puede ser usada en su contra ante un tribunal de justicia; 3. que tiene derecho a la asistencia de un abogado; y 4. si no puede pagar un abogado, se le nombrará uno de oficio antes de proceder con cualquier interrogatorio, si así lo desea (*Miranda*, 384 U.S. 479).

Vid. CAMMACK, M.E., «The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule in the United States», *op. cit.*, p. 631.

Hemos destacado los casos judiciales que implementaron y consolidaron la regla de exclusión en los EE. UU. Sin embargo, dichos casos judiciales tenían antecedentes de otros anteriores que los llevaron a ellos. Debemos que tener en cuenta a *Boyd v. United States* 116 U.S. 616 (1886), considerado el

antecedente de las reglas de exclusión (relacionó la regla de exclusión con las Cuarta y Quinta Enmiendas). Tendremos que esperar hasta 1914 para ver un caso judicial que aplique una regla de exclusión vinculada solo a la Cuarta Enmienda: *Weeks v. United States*, 232 US 383 (1914) (en el que la máxima de que «la casa de cada hombre es su castillo» era mencionada por primera vez por el Tribunal, *vid. Weeks*, 232 US 398). No obstante, podemos encontrar el origen de dicha máxima en Inglaterra, *Semayne's Case*, 77 Eng. Rep 124 (KB 1603), citado por MIRANDA ESTRAMPES, M., «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, nota 7, p. 156). *Weeks* declaró la exclusión de la prueba obtenida violando la Cuarta Enmienda por la policía en un proceso federal, lo que condujo luego a la doctrina de la «bandeja de plata»: *Weeks* se aplicará cuando la policía federal violó la Cuarta Enmienda en un procedimiento federal; por lo tanto, fue fácil de evitar en caso de que dicha violación fuera producida por la Policía del Estado (no por la Policía Federal), o por la Policía Federal, pero en un Procedimiento Judicial del Estado, que no Federal (para dicha doctrina, *vid. Wolf v. Colorado*, 338 US 25 (1949); *Irvine v. California*, 347 US 128 (1954)); *vid. MIRANDA ESTRAMPES, M.*, «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, pp. 20-30.

Como dato curioso, la sentencia *Weeks v. United States* fue fuertemente criticada por WIGMORE, quien dijo que las reglas de exclusión «colocan a los Tribunales Supremos en la posición de ayudar a socavar los cimientos de las mismas instituciones que están allí para proteger. Considera que el excesivo celo oficial de la ley es un peligro mayor para la comunidad que el del asesino impune, el malversador o el maltratador». *Vid. WIGMORE, J.H.*, «*Using Evidence Obtained by Illegal Search and Seizure*», THE AMERICAN BAR ASSOCIATION JOURNAL, vol. 8, 1922, p. 482, también citada por MIRANDA ESTRAMPES, M., PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN, *op. cit.*, p. 25. Y también criticada por el Juez BENJAMIN CARDOZO en *People v. Defore*, 150 N.E. 585, 587 (N.Y. App. 1926), quien dijo que «el criminal debe ser liberado porque el agente ha cometido un mero error», también citada por MIRANDA ESTRAMPES, M., PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN, *op. cit.*, nota 189, p. 51.

[Ver Texto](#)

(15) *United States v. Katz*. 398 U.S. 347 (1967). Para mejor comprensión de la doctrina judicial contenida en *Katz*, *vid. SKLANSKY, D.A.*, «*Katz v. United States: the Limits of Aphorism*», en CRIMINAL PROCEDURE STORIES, Carol S. Steiker ed., New York: Foundation Press, 2006; también *vid.*, del mismo autor, «*"One Train May Hide Another": Katz, Stonewall, and the Secret Subtext of Criminal Procedure*», 41 U.C. DAVIS L. REV. 875 (2007), at 875-934.

[Ver Texto](#)

(16) CAMMACK, M.E., «The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule in the United States», *op. cit.*, p. 635.

[Ver Texto](#)

(17) SKLANSKY, D.A., «Is the Exclusionary Rule Obsolete?», OHIO STATE JOURNAL OF CRIMINAL LAW, Vol. 5:567 2008, p. 579.

[Ver Texto](#)

(18) SKLANSKY, D.A., «Is the Exclusionary Rule Obsolete?», *op. cit.*, p. 568.

[Ver Texto](#)

(19) KAMISAR, Y., «*Is the Exclusionary Rule an "Illogical" or "Unnatural" Interpretation of the Fourth Amendment?*», *JUDICATURE* 62 (1978): pp. 72-73; también citada por MIRANDA ESTRAMPES, M., «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, p. 36.

Las reglas de exclusión solo se aplicaron en los procesos penales. En cuanto a los procedimientos civiles, *vid.* la mención contenida en *United States v. Janis*, 428 US 433, 447-48, 456-60 (1976): «La norma de exclusión creada judicialmente no debe extenderse para prohibir el uso de la prueba en el proceso civil de un soberano (refiriéndose al Gobierno Federal) de prueba incautada ilegalmente por un agente bajo cumplimiento de la ley penal de otro soberano (aquí el Gobierno del Estado), ya que la probabilidad de disuadir la conducta de cumplimiento de la ley a través de dicha norma no es suficiente para superar los costos sociales impuestos por la exclusión».

Sobre los diferentes tipos de procedimientos en los que no se aplican las normas de exclusión en los Estados Unidos, *vid.* MIRANDA ESTRAMPES, M., «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, pp. 54-56.

[Ver Texto](#)

(20) *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974) y *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976).

[Ver Texto](#)

(21) *Vid. Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 492 (1976).

[Ver Texto](#)

(22) CAMMACK, M.E., «*The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule in the United States*», *op. cit.*, p. 633, también citada por MIRANDA ESTRAMPES, M., «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, p. 45.

[Ver Texto](#)

(23) MIRANDA ESTRAMPES, M., «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, pp. 70-83.

[Ver Texto](#)

(24) *United States v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004). Los oficiales de policía estaban a punto de llevar a cabo una lectura de sus derechos al detenido, cuando éste exclamó «Conozco mis derechos» y el oficial se detuvo sin leer dichos derechos. La Corte entendió que la acción del oficial fue la correcta, a pesar de la doctrina *Miranda*.

[Ver Texto](#)

(25) *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984).

[Ver Texto](#)

(26) *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974).

[Ver Texto](#)

(27) *Harris v. New York*, 401 U.S. 222, 224 (1971).

Ver Texto

(28) Por ejemplo, *vid. Chapman v. California*, 386 U.S. 18 (1967); y *Arizona v. Fulminante*, 499 U.S. 279 (1991).

Ver Texto

(29) Dicha excepción se aplicó por primera vez en *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

Ver Texto

(30) *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006). Un análisis sobre dicha sentencia se puede encontrar en SKLANSKY, D.A., «*Is the Exclusionary Rule Obsolete?*», *op. cit.*; del mismo autor, y sobre el concepto de privacidad bajo la Cuarta Enmienda, *vid. «Too Much Information: How Not to Think About Privacy and the Fourth Amendment»*, CALIFORNIA LAW REVIEW, vol. 102 (October 2014), pp. 1069-1121, cuyo texto se puede encontrar en <https://ssrn.com/abstract=2433178> (visitada el 5 de abril de 2020). Finalmente, *vid. MIRANDA ESTRAMPES, M.*, «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, pp. 155-180.

Ver Texto

(31) *Hudson v. Michigan*, *op. cit.*, 599.

Ver Texto

(32) Como se indica en MIRANDA ESTRAMPES, M., «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, p. 173, incluso con un análisis conservador se muestra que casi un tercio de las acciones policiales de entrada y registro violan la Cuarta Enmienda, citando para sustentar dicha opinión a HARRIS, D.A., «*How-Accountability-Based Policing Can Reinforce —Or Replace— The Fourth Amendment Exclusionary Rule*» (May 29, 2009). OHIO STATE JOURNAL OF CRIMINAL LAW, Vol. 7, 2009; U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2009-17. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=1411650> (visitada el 5 de abril de 2020), p. 154; quien asimismo cita a GOULD, J. B., y MASTROFSKI, S.D., «*Suspect Searches: Assessing Police Behavior Under the U.S. Constitution*», 3 CRIMINOLOGY & PUB. POL'Y 315 (2004), pp. 316-317.

Ver Texto

(33) MIRANDA ESTRAMPES, M., «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, en 49-50. RYCHLAK, R.J., «*Replacing the Exclusionary Rule: Fourth Amendment Violations as Direct Criminal Contempt*», 85 CHI.-KENT L. REV. 241 (2010), p. 244; MILHIZER, E., «*The Exclusionary Rule Lottery Revisited*», 59 CATH. U. L. REV. 747 (2010), p. 766;

Ver Texto

(34) RYCHLAK, R.J., «*Replacing the Exclusionary Rule: Fourth Amendment Violations as Direct Criminal Contempt*», *op. cit.*, p. 245; también *vid. MIRANDA ESTRAMPES, M.*, «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, p. 50.

Ver Texto

(35) SKLANSKY, D.A., «*Is the Exclusionary Rule Obsolete?*», *op. cit.*, p. 581 y 583.

[Ver Texto](#)

(36) *Vid.* PICÓ I JUNOY, J., «EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL», *op. cit.*, pp. 283-367. Del mismo autor, *vid.* Comentario al art. 287 LEC, en BROCA-MAJADA-CORBAL, Vol. V, Wolters Kluwer, Barcelona, 2014, pp. 3733-3748.

[Ver Texto](#)

(37) *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

[Ver Texto](#)

(38) Sin embargo, dicha doctrina no fue seguida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español, como resalta MIRANDA ESTRAMPES, M., «*La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*» (en adelante «*La regla de exclusión de la prueba ilícita*»), JUECES PARA LA DEMOCRACIA, n. 47, julio 2003, pp. 57-58.

[Ver Texto](#)

(39) MIRANDA ESTRAMPES, M., «*La regla de exclusión de la prueba ilícita*», *op. cit.*, pp. 58-59.

[Ver Texto](#)

(40) PLANCHADELL GARGALLO, A., «LA PRUEBA PROHIBIDA: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL (COMENTARIO A LAS SENTENCIAS QUE MARCAN EN CAMINO)», ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 108.

[Ver Texto](#)

(41) SSTC 142/2012, de 2 de junio; 66/2009, de 9 de marzo; 8/2000, de 17 de enero; y 86/1995, de 6 de junio.

[Ver Texto](#)

(42) SSTC 81/1998, de 2 de abril; 238/1999, de 20 de diciembre; y 171/1999, de 27 de diciembre. *Vid.* GÁLVEZ MUÑOZ, L., «LA INEFICACIA DE LA PRUEBA OBTENIDA CON VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES», ed. Aranzadi (Cizur Menor, Navarra), 2003, p. 186 -193.

[Ver Texto](#)

(43) MIRANDA ESTRAMPES, M., «*La regla de exclusión de la prueba ilícita*», *op. cit.*, p. 65.

[Ver Texto](#)

(44) *Vid.* PICÓ I JUNOY, J., «*La prueba ilícita: un concepto todavía por definir*», publicado en los presentes Cuadernos, así como «*El derecho constitucional a la prueba*», en «*La prueba a examen*», editorial J.M.^a Bosch, editor, Barcelona, 2020 (en prensa). Agradezco expresamente al Prof. Picó que me haya cedido los manuscritos para su cita en el presente estudio. La cursiva añadida se corresponde con el contenido de la nota 48 del artículo «*El derecho constitucional a la prueba*», cedido por el autor.

[Ver Texto](#)

(45) Artículo 191. Pruebas obtenidas ilegalmente.

1. No se utilizarán pruebas obtenidas en violación de las prohibiciones establecidas por la ley.
2. La exclusión de pruebas puede declararse también de oficio en cualquier etapa e instancia del procedimiento.

Se debe hacer una diferencia entre una *inutilizzabilità* general, que se refiere a la prueba obtenida con violación del artículo 191, lo que significa que dicha prueba tiene que ser expulsada del procedimiento judicial, y una *inutilizzabilità* concreta, que se refiere a la prueba obtenida con un incumplimiento de prohibiciones de pruebas concretas (como pruebas de referencia que violen el contenido concreto del artículo 195 de la Ley de Procedimiento Penal italiano), lo que significa que dichas pruebas serán aceptadas, pero el juez no podrá valorarlas en el momento de dictar sentencia. ARMENTA, T., «LA PRUEBA ILÍCITA (UN STUDIO COMPARADO)», 2nd ed., Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 44.

Vid. además, ILLUMINATI, G., «Italy: Statutory Nullities and Non-usability», at EXCLUSIONARY RULES IN COMPARATIVE LAW, Stephen C. Thaman, editor, Springer, New York, 2013, p. 434.

[Ver Texto](#)

(46) *Vid. also* el artículo 526 de la Ley Procesal Penal italiana (pruebas a efectos de deliberación), que establece:

«1. A los fines de la deliberación sobre la prueba, el tribunal no utilizará pruebas distintas de las legalmente reunidas durante el juicio.

1-bis. La culpabilidad de la persona acusada no se probará con base a declaraciones hechas por la persona que eligió deliberadamente no ser interrogada por el acusado o por su abogado».

[Ver Texto](#)

(47) CONTI, C., «ACCERTAMENTO DEL FATTO E INUTILIZZABILITÀ NEL PROCESSO PENALE », CEDAM (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), Padova (Italy), 2007, p. 112.

[Ver Texto](#)

(48) A favor de dicha interpretación, *vid.* CONTI, C., *op. cit.*, p. 150; sin embargo, dicho autor asimismo señala que la posición de la doctrina consiste en entender que el art. 191 debería limitar su aplicación al proceso penal italiano.

[Ver Texto](#)

(49) Citas de diferentes sentencias del Tribunal Constitucional italiano pueden encontrarse en ARMENTA, T., *op. cit.*, nota 84, p. 44. Como ejemplo de una interpretación extensiva, *vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 18 de enero de 1998, n. 229, en *Cass. Pen.* 1998, 2847; como ejemplo de una petición para la regulación concreta de este tema *vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 22 de abril de 2002, n. 135, en *Giur. Cost.* 2002, 2176. *Vi. además*, TONINI, P., «MANUALE DI PROCEDURA PENALE», 7^a ed., Giuffrè, 2006, p. 193; *pero además* CONTI, C., *op. cit.*, nota 35, pp. 8-10.

[Ver Texto](#)

(50) PAKTER, W., «*Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*», *op. cit.*, p. 48- 52.

[Ver Texto](#)

(51) Sección 78 de la Ley sobre prueba policial y penal (*Police and Criminal Evidence Act*) de 1984, que establece lo siguiente:

78. Exclusión de prueba injusta.

(1) En cualquier procedimiento, el tribunal puede negarse a permitir que se presenten pruebas en las que el fiscal propone basarse si considera que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidas las circunstancias en que se obtuvieron las pruebas, la admisión de la prueba tendría un efecto tan adverso sobre la equidad del proceso que el tribunal no debería admitirlo.

(2) Nada en esta sección perjudicará ninguna norma legal que requiera que un tribunal excluya pruebas.

Vid. ZUCKERMAN, «ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE», op. cit., p. 1030. Vid. además, CHOO, A.L., «England and Wales: Fair Trial Analysis and the Presumed Admissibility of Physical Evidence», en EXCLUSIONARY RULES IN COMPARATIVE LAW, Stephen C. Thaman, editor, Springer, New York, 2013, pp. 331-354.

[Ver Texto](#)

(52) Dicha Sección establece lo siguiente:

32.1 Facultad del tribunal para controlar prueba. (...) (2) El tribunal se halla facultado por esta norma para excluir prueba que de otra manera sería admisible.

Vid. ZUCKERMAN, «ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE», op. cit., p. 1031.

[Ver Texto](#)

(53) HESS, B., y OTHMAR, J., «MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL », ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 316-317; PICÓ I JUNOY, J., «EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL», *op. cit.*, pp. 289-290. AMBOS, K., «Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán - fundamentación teórica y sistematización», *POLÍTICA CRIMINAL*, Vol. 4, n. 7, julio 2009, pp. 1-56. ARMENTA, T., *op. cit.*, pp. 53-56.

[Ver Texto](#)

(54) *Vid. §383 I n. 4 III ZPO: «Las siguientes personas tienen derecho a negarse a declarar: (...) Clérigos, en relación a lo que se les ha confiado en el ejercicio de su cuidado y de su orientación pastoral.»*

[Ver Texto](#)

(55) *Vi. §136.a.1 StPO: «La libertad del acusado para decidir y manifestar su voluntad no se verá afectada por malos tratos, fatiga inducida, interferencia física, administración de drogas, tormento, engaño o hipnosis. La coerción solo se puede utilizar en la medida en que lo permita la ley de procedimiento penal. Se prohíbe amenazar al acusado con medidas no permitidas en virtud de sus disposiciones o mantener la perspectiva de una ventaja no prevista por la ley.»*

Ver Texto

(56) *Vid.* §81.1 StPO: «Se puede ordenar un examen físico del acusado con el fin de establecer hechos que son importantes para el proceso. Para este propósito, la toma de muestras de sangre y otras intrusiones corporales efectuadas por un médico de acuerdo con las reglas de la ciencia médica para el propósito del examen serán admisibles sin el consentimiento del acusado, siempre que no se prevea ningún perjuicio para su salud».

Ver Texto

(57) AMBOS, K., *op. cit.*, p. 15.

Ver Texto

(58) RIJAVEC, V., and KERESTEŠ, T., «*Restrictions on the admissibility of evidence*», en *EVIDENCE IN CONTEMPORARY CIVIL PROCEDURE (FUNDAMENTAL ISSUES IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE)*, C.H. van Rhee y A. Uzelac, editors, Cambridge (UK), 2015, p. 92. Además *vid.* ARMENTA, T., *op. cit.*, p. 56; y *vid.*, GLESS, S., «*Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests*», en *EXCLUSIONARY RULES IN COMPARATIVE LAW*, Stephen C. Thaman, editor, Springer, New York, 2013, pp. 113-143.

Vid. Sentencias del Tribunal Constitucional alemán BVerfG JA 2003, 274; BGH JA 2003, 625; BVerfG NJW 2002, 3619, 3623; y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo alemán de 23 de abril de 2008 Ref. 6 AZR 189/08, resoluciones citadas por LÖSING, N., «*Current Situations and Problems regarding New Types of Evidence*», Ponencia Nacional por Alemania en el *General Report* del mismo nombre presentado por Joan Picó i Junoy en el «XVI World Congress of the International Association of Procedural Law», celebrado en Kobe (Japón), del 2 al 5 de noviembre de 2019.

Ver Texto

(59) RIJAVEC, V., and KERESTEŠ, T., «*Restrictions on the admissibility of evidence*», *op. cit.*, p. 98, además *vid.* nota 30 en la que dichos autores se refieren a Cass. Soc., May 22, 1995: Bull. civ. 1995, V, n. 164: exclusión de la prueba de seguimiento de un empleado por parte de un investigador privado contratado por el empleador. Además *vid.* PRADEL, J., «*France: Procedural Nullities and Exclusion*», at *EXCLUSIONARY RULES IN COMPARATIVE LAW*, Stephen C. Thaman, editor, Springer, New York, 2013, pp. 145-160.

Además *vid.* VERGÈS, É., VIAL, G., and LECLERC, O., «*DROIT DE LA PREUVE*», 2ª edición, Thémis Droit, Paris, 2017, pp. 350-362.

Ver Texto

(60) *Vid.* JEULAND, E., «*The "right to proof" and the "loyalty principle": a French perspective*», en la obra colectiva editada por C.H. van Rhee y A. Uzelac, *EVIDENCE IN CONTEMPORARY CIVIL PROCEDURE*, Intersentia, Ltd., Cambridge (UK), 2015, pp. 83-85.

No obstante, y de acuerdo con dicho autor, el principio de lealtad cede ante el derecho a la prueba, y se refiere a Cass 1 civ., 5 abril 2012, n. 11-14177: D. 2012, 1596, en la que la *Court du Cassation* aceptó (casando la sentencia de apelación) la prueba consistente en aportar una carta privada obtenida con

vulneración del derecho a la intimidad «porque el Tribunal de Apelación debería haber verificado si esta prueba era necesaria para que el demandante ejerciera su derecho a la prueba y fuera proporcional a los derechos de las diferentes partes» (JEULAND, E., at 84).

[Ver Texto](#)

Ilicitud de la prueba por falta de motivación del Auto de autorización judicial de un dispositivo de seguimiento GPS en el vehículo del sospechoso

Comentario a la STS 141/2020 de 13 de mayo de 2020

Manuel Richard González

*Profesor Titular de Derecho Procesal Universidad Pública de Navarra
Miembro de la Junta Directiva de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio*

Resumen: En el trabajo se analizan los límites para la investigación tecnológica por parte de la policía mediante el uso de dispositivos o balizas de seguimiento. Especialmente se atiende a cuáles sean los requisitos del oficio policial y del auto que autoriza la medida, haciendo especial referencia en el valor de la confidencia anónima a estos efectos; así como los efectos de ilicitud de las pruebas obtenidas. A ese fin se analiza la STS 141/2020 de 13 de mayo que se pronunció respecto a estas cuestiones.

1. INTRODUCCIÓN. CONTENIDO E IMPORTANCIA DE LA STS DE 13 DE MAYO DE 2020 RESPECTO A LOS LÍMITES QUE DEBE OBSERVAR LA INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA DE LA POLICÍA MEDIANTE BALIZAS DE GEOLOCALIZACIÓN

Con fecha de 13 de mayo de 2020 el Tribunal Supremo dictó la sentencia n.º 141/2020, LA LEY 35456/2020, en la que se pronuncia con relación a la validez de la prueba obtenida por la policía mediante un dispositivo de seguimiento y localización instalado en el vehículo del sospechoso. La prueba consistía en el hallazgo, en el interior del vehículo, de casi 100 gramos de cocaína. El registro y descubrimiento de la sustancia estupefaciente fue el resultado de una investigación de la policía durante el curso de la cual se había solicitado y obtenido del Juez un auto autorizando la instalación de un dispositivo GPS en el vehículo del sospechoso. De ese modo, y contando con la información proporcionada por la baliza adosada al vehículo del sospechoso, la policía pudo conocer su ubicación y proceder a su registro con el resultado del hallazgo de la droga. La Audiencia Provincial de León le impuso condena por un delito contra la salud pública que fue ratificada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León en sentencia n.º 20/2018 de 25 de junio de 2018, LA LEY 116305/2018. La defensa del acusado interpuso recurso de casación frente a la sentencia por varios motivos. Entre ellos la vulneración del derecho fundamental a la intimidad del art. 18 CE por entender que el auto dictado por el Juez de instrucción, en el que se autorizaba la instalación del dispositivo de seguimiento, no estaba debidamente fundamentado y, por tanto, la afectación del derecho

fundamental a la intimidad del condenado se produjo sin suficiente base legal. En consecuencia, y siempre conforme con el recurso del condenado, siendo nulo el auto judicial autorizando la injerencia en los derechos fundamentales del investigado también debía declararse nula toda la prueba posteriormente obtenida. Ello conforme con lo previsto en el art. 11 LOPJ y teniendo presente que la prueba que fundamentó su condena sólo fue posible obtenerla mediante la violación de su derecho a la intimidad.

El Tribunal Supremo, en la comentada STS de 13 de mayo de 2020, acogió el motivo referido a la violación del derecho fundamental a la intimidad considerando que los dispositivos de seguimiento y localización de los ciudadanos afectan al derecho a la privacidad de los ciudadanos y, por tanto, exigen previa autorización judicial: «...la utilización de dispositivos de localización y seguimiento tiene una incidencia directa en el círculo de exclusión que cada ciudadano define frente a terceros y frente a los poderes públicos está ya fuera de cualquier duda». A continuación, consideró que la autorización judicial no cumplía las exigencias legales en concreto los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad que son presupuestos de legitimidad y validez de la resolución judicial habilitante. Al respecto señala el Tribunal Supremo que el fundamento de la petición policial, acogido por el Juez de instrucción, carecía de la necesaria consistencia para poder fundar un orden de restricción/afectación de los derechos fundamentales del investigado. En concreto consta en los autos que la petición policial constaba de tres circunstancias que fundamentaban la petición de la policía: «a) una confidencia anónima en la que se decía que el acusado, con domicilio en Villagarcía de Arosa estaba realizando viajes desde esa localidad a Ponferrada (León), transportando cocaína para ser suministrada a varias personas; b) la existencia de antecedentes policiales por delito de tráfico de drogas en la base policial del Ministerio del Interior; c) la constatación, a través del sistema de cámaras de la Dirección General del Tráfico, de que el acusado se desplazaba desde Villagarcía de Arosa a Ponferrada». A juicio del Tribunal Supremo tales elementos indiciarios son insuficientes para fundamentar una resolución habilitante de una restricción de derecho fundamental y es por ello que acoge el recurso del condenado casando, anulando y finalmente absolviendo al acusado del delito del que era acusado.

La sentencia del Tribunal Supremo es importante por cuatro razones.

En primer lugar, por pronunciarse directa y expresamente respecto a un medio de investigación tecnológico respecto al que el Tribunal Supremo se había referido hasta ahora únicamente en el marco de la anterior regulación de la LECrim que, sencillamente, no se pronunciaba respecto a esta clase específica de intervención. Ante la ausencia de regulación expresa en la materia la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la utilización en la investigación policial de balizas de seguimiento y geolocalización se inclinaba por avalar la utilización de esta clase de dispositivos sin necesidad de haber obtenido una previa orden judicial. Entre estas resoluciones del Tribunal Supremo se hallan las SSTS 23 de enero de 2007, n.º 55/2007, LA LEY 1537/2007; de 22 de junio de 2007, n.º 562/2007, LA LEY 60959/2007; de 19 de diciembre de 2008, n.º 906/2008, LA LEY 226043/2008; de 5 de noviembre de 2013, n.º 798/2013, LA LEY 170315/2013 y 11 de julio de 2008, n.º 523/2008 LA LEY 132390/2008.

En todas las resoluciones citadas se partía de la aceptación del uso de esta clase de dispositivos

como un modo válido de investigación en el proceso penal con base en las siguientes razones: 1º La ausencia de regulación de la materia en la LECrim antes de la reforma de 2015. 2º La consideración que su uso no suponía una injerencia significativa en el derecho a la intimidad. Tampoco en el derecho al secreto de las comunicaciones, la intimidad domiciliaria o la libertad ambulatoria. A este respecto es cierto que en la mayoría de las resoluciones en las que el Tribunal Supremo se había pronunciado respecto a estos dispositivos se referían al empleo de balizas adosadas a buques o embarcaciones de tráfico de mercancías, con lo que la posible afectación de la intimidad personal quedaba en gran medida diluida. Por otra parte, la precisión de los dispositivos no era muy alta con lo que la localización del objeto era siempre aproximada. A este respecto señalaba la STS de 19 de diciembre de 2008 (n.º 906/2008, LA LEY): *«...podría asistirle la razón al recurrente si esa localización (SITEL o Sistema de Intervención Telefónica) permitiera conocer el lugar exacto en el que el comunicante se encontraba, pero que, cuando como en este caso, esa ubicación sólo puede concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la BTS o estación repetidora que capta la señal, en modo alguno puede considerarse afectado, al menos de forma relevante, el derecho a la intimidad del sometido a la práctica de la diligencia»*. En esta sentencia el Tribunal Supremo consideraba que el uso de balizas de seguimiento no suponía una injerencia excesiva por la falta de precisión de la información obtenida que probablemente en aquellos tiempos (antes de 2008) no permitía una localización precisa de la ubicación del sujeto objeto del seguimiento. Tampoco parece que una diligencia de este tipo afecte a la intimidad domiciliaria, pero sí que puede afectar en mayor o menor grado al resto de derechos fundamentales especialmente cuando nos referimos a objetos o vehículos de uso personal.

Sin embargo, la afectación a los derechos fundamentales de los ciudadanos es, probablemente, más evidente, clara y directa ahora con el desarrollo de la tecnología que permite un seguimiento preciso y en directo de la posición exacta del vehículo u objeto al que se adosa el dispositivo. De modo que en el momento presente cabe decir que ahora no existe respecto al modo en el que esta clase de dispositivos afectan completamente, entre otros, el derecho a la intimidad del sospechoso al ofrecer información exacta del paradero del dispositivo y, en consecuencia, de la persona. Ahora bien, es cierto que en la STSJ Castilla y León 20 de 2018 que revocó la STS de 13 de mayo de 2020 se entendió que la afectación del derecho a la intimidad del sospechoso podía quedar más afectado por el clásico seguimiento policial personal en el que se escudriña a distancia los movimientos y encuentros del sospechoso que por el uso de dispositivos de seguimiento. Actividad personal que la policía puede incluso grabar, siempre que el sospechoso se halle en la vía pública, sin necesidad de solicitar una orden judicial conforme prevé el art. 588 quinquies a LECrim. En este sentido se pronunciaba el TSJ de Castilla y León que declaró que: *«... el derecho a la privacidad menoscabado por el dispositivo que se proponía instalar no afectaba más que a los desplazamientos de un vehículo, sin invadir la intimidad esencial del individuo, como lo haría, por ejemplo, la intervención de su teléfono, o de su correspondencia, o la entrada en su domicilio —amén de que la finalidad de acreditar los viajes en cuestión podría haberse servido igualmente, en ausencia de medios más sofisticados y sin necesidad siquiera de autorización judicial, mediante un seguimiento personal que hubiese dado fe en todo momento de lo mismo que se pretendía, y aún con mayor detalle...—»* STSJ Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 20/2018 de 25 Jun. 2018, Rec. 15/2018, LA LEY 116305/2018.

Ciertamente que la policía puede realizar seguimientos personales sin necesidad de solicitar una orden judicial lo que plantea la paradoja respecto al caso de emplearse un dispositivo electrónico. Pero, en cualquier caso, contra lo dicho por el TSJ de Castilla y León entiendo que la intensidad de la injerencia producida por un dispositivo de seguimiento es mucho mayor que la que deviene del seguimiento clásico y personal. Por otra parte debemos pensar que, además del derecho a la intimidad, los modernos dispositivos de seguimiento también pueden afectar al derecho fundamental a las comunicaciones, ya que pueden incorporar micrófonos que se activan para grabar y/o transmitir las conversaciones que se lleven a cabo en un entorno cercano. De modo que parece claro que estos dispositivos afectan de una forma seria e importante los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es por ello que se impone la necesaria exigencia de orden judicial para su utilización conforme está previsto en el art. 588 quinquies b. LECrim. Sobre este particular la STS de 13 de mayo de 2020 señala que: *«Sea como fuere, que la utilización de dispositivos de localización y seguimiento tiene una incidencia directa en el círculo de exclusión que cada ciudadano define frente a terceros y frente a los poderes públicos está ya fuera de cualquier duda. La afectación de la intimidad es incuestionable, más allá de que, conforme a la jurisprudencia constitucional y de esta Sala, existan actos de injerencia que, sin estar expresamente reservados a la autorización judicial, pueden ser plenamente válidos al perseguir un fin constitucionalmente legítimo en una sociedad democrática. La entrada en vigor de la LO 13/2015 descarta cualquier duda acerca de la voluntad legislativa de blindar ese espacio de intimidad y subordinar la legitimidad del acto de intromisión a la previa autorización judicial»*. En cualquier caso, tal y como señala el Tribunal Supremo, la exigencia legal de obtención de una orden judicial ha puesto fin a la discusión respecto a su necesidad.

En segundo lugar, la STS de 13 de mayo de 2020 es importante por pronunciarse sobre cuáles son los requisitos que deben cumplir las peticiones de la policía respecto al necesario fundamento de la necesidad de proceder a la restricción de derechos del investigado y cuál debe ser el nivel de exigencia de la fundamentación sobre la existencia de necesidad y la proporcionalidad de la medida en el caso concreto y con relación al oficio de petición de la policía. Más concretamente se refiere el Tribunal Supremo a la insuficiencia de la denuncia o confidencia anónima como fundamento de una investigación judicial que autoriza la injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Consideración que supone una declaración de intenciones sobre la insuficiencia de esta clase de fuente de conocimiento para poder fundamentar la adopción de una medida de investigación restrictiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En tercer lugar, por servir como ejemplo, uno más, de la fuerza práctica de la teoría de la prueba ilícita que en este supuesto supone, acertadamente, la declaración de nulidad de toda la prueba obtenida en el supuesto de autos por traer causa directa o indirecta del inicial *«pecado original»* cometido en la orden autorizando la injerencia ilícita.

En cuarto, y último lugar, la sentencia comentada del Tribunal Supremo además de un buen número de virtudes contiene lo que podríamos llamar una suerte de defecto común en nuestra jurisprudencia cuál es la de incorporar algunas consideraciones adicionales, u *«obiter dicta»* que más que complementar o fundamentar la *«ratio decidendi»* de la sentencia pueden tener el efecto de aportar alguna confusión al fallo que por lo demás es impecable.

2. LA INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA MEDIANTE LA GEOLOCALIZACIÓN Y/O SEGUIMIENTO DEL SOSPECHOSO

Los dispositivos o medios técnicos de seguimiento o localización pueden ser utilizados por la policía para conocer el paradero de una persona determinada a cuyo fin se pueden instalar en diferentes objetos, principalmente vehículos. Se trata de una clase de investigación que afecta, indudablemente, el derecho a la privacidad de los ciudadanos en sentido amplio. Así quedan afectados, en mayor o menor medida, el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 17.1 CE), a la libertad ambulatoria (art. 19 CE) y a la intimidad personal (art. 18 CE). La afectación de varios derechos fundamentales no debe entenderse como una especie de dilución de la intensidad de la afectación que produce esta clase de diligencia de investigación, sino por el contrario como una razón para reforzar las prevenciones que se deben observar teniendo en cuenta los varios derechos fundamentales que pueden resultar afectados por la especial capacidad invasiva de estos dispositivos. Esta es una situación que, a mi juicio, refuerza todas las prevenciones que deben adoptarse para la autorización del uso de esta clase de dispositivos que está regulada en el art. 588 quinquies b LECrim que dispone que: «1. Cuando concurran acreditadas razones de necesidad y la medida resulte proporcionada, el juez competente podrá autorizar la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización». Los dispositivos técnicos que pueden ser utilizados para el fin de conocer la ubicación de una persona son diversos. Es por ello que el art. 588 quinquies b.2 dispone que: «2. La autorización deberá especificar el medio técnico que va a ser utilizado». De modo que, aunque en sentido estricto el precepto se refiera a las clásicas balizas de seguimiento la localización geográfica de una persona puede averiguarse con relación a distintas clases de dispositivos.

En primer lugar, la ubicación de una persona puede conocerse desde el momento de utilización del dispositivo y durante el tiempo en el que estuviere vigente la orden judicial que prevé un período máximo de tres meses prorrogable hasta 18 meses (art. 588. quinquies.c LECrim). Pero también puede obtenerse información sobre la localización pasada y presente de un sujeto mediante el acceso a los datos del tráfico conservados por las operadoras de comunicaciones conforme a la Ley 25/2007 de 18 de octubre de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas. Entre los datos que se deben conservar el art. 3.1.f de la Ley se refiere a los: «f) Datos necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación móvil». De modo que se puede conocer el paradero pasado de una persona mediante el acceso a los datos conservados durante un año por las operadoras de comunicaciones (art. 5 Ley 25/2007). A ese fin el Juez deberá dictar el correspondiente auto autorizando la medida conforme con el art. 588.ter.j LECrim. También puede obtenerse datos de localización del lugar donde se halla una persona mediante los datos procedentes de una intervención telefónica que conforme el art. 588.ter.d.2.c LECrim pueden incluir: «La localización geográfica del origen o destino de la comunicación».

En segundo lugar, se pueden utilizar aplicaciones informáticas que permiten rastrear la identidad digital de cualquier persona que acceda a Internet. A ese fin se pueden utilizar, entre otros sistemas, los denominados clickbaits (podemos traducirlo como ciberanzuelo) que ofrecen contenidos curiosos o divertidos cuya finalidad básica consiste en obtener tráfico en la red para obtener ingresos publicitarios. Pero, también puede ser usados para rastrear a los usuarios, ya que al entrar en una

determinada página web se hace accesible la IP y el «user agent» del usuario. Con ello se obtienen datos como el sistema operativo o el tipo de dispositivo utilizado. Además, a partir de esos datos se puede obtener la geolocalización del dispositivo que está accediendo a la página Web. De hecho algunas páginas web de tecnología ofrecen la posibilidad de que el usuario sea consciente de la información que se está entregando cada vez que se visita una página web mostrando en la pantalla inicial la información del usuario que está visitando la página (por ejemplo: <https://balizasdigitales.es>).

En tercer y último lugar, y es el supuesto al que se refiere el art. 588.quinquies.b LECrim, se pueden utilizar localizadores tanto GPS como GNSS que funcionan con una tarjeta SIM de prepago. Los primeros utilizan la red de satélites GPS utilizadas para la comunicación mediante telefonía móvil usual en Europa. Los segundos adquieren la información de localización utilizando la red GPS y además otros sistemas de satélite como son el Glonass ruso, el Beidou chino o el sistema Galileo europeo. Estos dispositivos pueden ser adquiridos sin ninguna clase de restricción en el mercado en tanto que pueden tener un uso legal que puede consistir en tener perfectamente localizado un objeto, vehículo o incluso una mascota por su propietario. Se trata de aparatos que, por lo general, están imantados con la finalidad de adherirse a cualquier superficie metálica y son autónomos hasta 180 días los de uso doméstico, pero hasta seis meses o incluso años los de uso profesional. El seguimiento del dispositivo y, consiguientemente, del vehículo u objeto que lo lleva adherido se realiza mediante un teléfono móvil o computadora. La información que transmite el dispositivo permite conocer su ubicación en tiempo real, los recorridos realizados, si se entra o se sale de una determinada zona, si el vehículo se separa de una ruta establecida, etc. Finalmente, los dispositivos pueden incluir sensores de movimiento para su activación, así como micrófonos que permiten escuchar conversaciones en el entorno más próximo del aparato.

La existencia de esta clase de aparatos puede ayudar de forma decisiva a la policía en sus investigaciones al facilitar la clásica actividad de seguimiento de vehículos y personas que mediante el uso de la tecnología se pueden realizar ahora de una forma discreta y segura. También pueden ser utilizados por empresas, particulares o detectives privados. En estos casos no existirá orden judicial y su tratamiento es distinto según el caso. Atender a cada uno de los supuestos excedería del objeto de este trabajo. En cualquier caso, resulta claro que la utilización de estos dispositivos debe respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así nada impide que una persona instale esta clase de dispositivo en un vehículo de su propiedad. Pero, cuestión distinta será su uso con la finalidad de espiar los movimientos de un tercero. En este punto habría que diferenciar si media relación laboral y se trata de un dispositivo instalado en un vehículo de empresa, o se ha utilizado por un particular o un detective privado. La cuestión no resulta clara en cuanto a cuál sería la consecuencia de un uso ilícito de estos dispositivos principalmente debido a la indefinición del Código Penal sobre esta materia. Por una parte, el art. 197 CP que tipifica la revelación de secretos no se refiere expresamente al uso de esta clase de dispositivos. Tampoco resulta clara la aplicabilidad del art. 172 que regula las coacciones o la modalidad de acoso prevista en el art. 172.ter CP. En cualquier caso, debo apuntar la existencia de sentencias condenando a detectives privados por el uso de esta clase de dispositivos aplicando el art. 197 CP. Por ejemplo, la STS de Cádiz (Sede de Jerez) de 30 de julio de 2019, n.º de Recurso: 193/2019 n.º de Resolución: 126/2019. Aunque también se han dictado sentencias

absolviendo a detectives privados por hechos similares atendiendo a la falta de tipificación específica de la actividad de instalación de esta clase de dispositivos. Véase la SAP de Jaén, Sección: 2, de 5 de marzo de 2019, n.º de Recurso: 129/2019, n.º de Resolución: 51/2019.

En cualquier caso, atendiendo al supuesto específico del uso por parte de la policía de estos dispositivos resulta claro que la obtención de una orden judicial a ese fin resulta necesaria, ya que en caso contrario la actividad policial carecerá del debido soporte legal legitimador. De forma que la investigación mediante esta clase de dispositivos debe estar amparada en una orden judicial con el contenido y fundamento al que me refiero en el apartado siguiente. Con la consecuencia que de no existir una orden judicial motivada debidamente conforme está previsto en la Ley deberá procederse a la declaración de nulidad de las pruebas obtenidas tal y como hizo el Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de mayo de 2020.

A los problemas sobre fundamentación del oficio policial y, en su caso, del auto que autoriza la injerencia me refiero en el apartado siguiente. Pero, en este punto se debe hacer notar la confusa e innecesaria norma prevista en la LECrim que permite a la policía el uso de estos dispositivos sin mediar la necesaria orden judicial. A ese respecto el art. 588 quinquies.b.4 LECrim dispone que: *«Cuando concurren razones de urgencia que hagan razonablemente temer que de no colocarse inmediatamente el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización se frustrará la investigación, la Policía Judicial podrá proceder a su colocación, dando cuenta a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de veinticuatro horas, a la autoridad judicial, quien podrá ratificar la medida adoptada o acordar su inmediato cese en el mismo plazo. En este último supuesto, la información obtenida a partir del dispositivo colocado carecerá de efectos en el proceso»*. El precepto legal hace referencia a un supuesto de urgencia que precisara la instalación de un dispositivo de seguimiento de modo que de no hacerlo: *«se frustrará la investigación»*. Aparentemente la norma parece justificada entendiendo que puede darse algún supuesto de investigación/vigilancia policial en el que por distintas razones fuese preciso un seguimiento electrónico urgente y que no estuviera previsto. Hasta aquí puede parecer todo bastante lógico y, por tanto, podemos pensar que sea una buena idea legitimar a la policía para poder llevar a cabo su trabajo de investigación instalando primero el dispositivo y pidiendo posteriormente la convalidación de la diligencia de investigación. Siempre dando por supuesto que concurre urgencia que requiere la actuación inmediata de la policía.

Sin embargo, un análisis más reflexivo de la norma nos ofrece otras perspectivas de la cuestión. La primera la existencia de una curiosa similitud entre el citado art. 588.quinquies.b.4 LECrim y el antiguo, y declarado inconstitucional, art. 21 de la LO de seguridad ciudadana 1/1992 que establecía lo siguiente: *«A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito»*. Precepto declarado inconstitucional por la STC 341/1993 de 18 de noviembre de 1993, básicamente por legitimar una afectación de un derecho fundamental como el de la intimidad domiciliaria

desnaturalizando el concepto de flagrancia previsto en el art. 18 CE como uno de los supuestos que autoriza la entrada en un domicilio. Pues bien, si nos fijamos bien en ambas normas concurren unos mismos elementos básicos: urgencia y frustración de la investigación todo ello al amparo del conocimiento policial no constatado ni reflejado en un oficio o petición a la autoridad judicial. Ya conocemos el resultado de tal pirueta legal en el caso del citado art. 21 LO 1/1992, que no fue otro que la declaración de inconstitucionalidad de la norma. Pues bien, desde mi punto de vista probablemente, no las mismas razones, pero parecidas, que existían para la declaración de inconstitucionalidad del art. 21 LO 1/92 también pueden hallarse en el art. 588.quinquies.b.4 LECrim.

En primer lugar ¿qué se quiere decir con frustrar una investigación si no se actúa con urgencia? Entiendo que el bien jurídico que se debe proteger son los derechos de todos los ciudadanos, tanto de las posibles víctimas como de los sujetos investigados. Pues bien, no parece que una alegación genérica a la frustración de una investigación o la urgencia puedan justificar la afectación de un derecho fundamental. En su caso, y no pretendo dar ideas, debería hacerse referencia a la clase de delito y al peligro o daño que se pretende evitar. No siendo así, y con base en la literalidad de la norma, cabría colocar dicho dispositivo para la investigación de cualquier clase de delito simplemente aduciendo que de no hacerlo se puede frustrar la investigación de cualquier clase de delito.

En segundo lugar, surge una cuestión simplemente práctica referida a la propia posesión por parte de la policía de esta clase de dispositivos listos para ser utilizados en caso de urgencia. Es decir, si la policía está investigando a un sujeto y lleva un dispositivo de seguimiento disponible y utilizable inmediatamente es porque considera que puede ser necesario para realizar el seguimiento electrónico, para lo cual necesita una orden judicial. Pero sí aun así la policía lo lleva consigo podemos entender que en la intención policial se debe hallar la posibilidad bastante real de tener que proceder a la instalación del dispositivo. Con lo cual la existencia de urgencia desaparece. Es decir, parece razonable decir que si la circunstancia de tener que utilizar esta clase de dispositivos es admitida como posible por la policía, tal vez lo procedente sería pedir una autorización judicial para su utilización. De otro modo no se acaba de entender que entendiéndolo la policía que puede ser necesario el seguimiento electrónico no lo solicite en tiempo y forma. En este punto puede resultar útil recordar la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo con relación a la entrada y registro domiciliario respecto a los requisitos de motivación y concreción del objeto de la investigación y, en consecuencia, del registro. A ese fin, la STC 139/1999 de 22 de julio señalaba que: *«en el presente caso la insuficiencia de la motivación de la solicitud policial vicia de origen el contenido del Auto que autoriza la entrada y registro, al no hacerse ninguna referencia en él a las circunstancias concretas del caso, a los indicios delictivos que fundamentan su adopción, y menos aún a los valores e intereses en conflicto, impidiendo por consiguiente el más mínimo control de la licitud constitucional de la medida adoptada por el Juez. El Auto en realidad constituye un buen ejemplo de ese automatismo judicial a la hora de adoptar resoluciones limitativas de derechos fundamentales, que desconoce lisa y llanamente la posición preferente, que otorgó a los mismos nuestra Constitución»* (STC 139/1999 de 22 de julio). Precisamente, la prevención del Tribunal Constitucional se centró en evitar las peticiones de registro domiciliario con una fundamentación y a unos fines difusos lo cual puede amparar investigaciones de carácter general sin una sospecha concreta de los delitos que se

podrían estar cometiendo. Ese proceder se puede evitar si se somete la actuación de la policía al escrutinio judicial autorizando o no la medida, según el contenido del oficio policial de petición, y especificando con la mayor precisión posible el delito que fundamenta el registro y los objetos, documentos y hechos que se espera hallar en la diligencia. A esta cuestión, y en concreto al requisito de especialidad para la adopción de la medida, me refiero en el siguiente apartado.

En tercer, y último lugar, la ley prevé que en el caso de utilización urgente del dispositivo la policía deberá dar: «... cuenta a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de veinticuatro horas, a la autoridad judicial...». El Juez podrá ratificar la medida adoptada o acordar su inmediato cese. En el caso que no la ratifique la ley establece que la: «... la información obtenida a partir del dispositivo colocado carecerá de efectos en el proceso» (art. 588 quinquies.b.4 LECrim). Esta norma resulta obvia en tanto que si el Juez no convalida el seguimiento naturalmente que lo obtenido no puede tener valor. En el caso de ratificación de la intervención se entiende que los hechos relevantes obtenidos hasta el momento y los que se puedan obtener se entenderán lícitamente obtenidos y susceptibles de ser objeto de prueba y valoración en el proceso. El problema evidente que aparece aquí es la posibilidad que abre la normativa a una puesta selectiva de conocimiento, por parte de la policía, del uso urgente de estos dispositivos según el resultado obtenido. Así, no cabe ninguna duda que la policía va a poner en conocimiento del juez el uso «urgente» de esta clase de dispositivos cuando se hubiere obtenido un resultado relevante. Pero en caso de no haber obtenido un resultado relevante se abre la posibilidad para que la policía omita dar cuenta al Juez del uso de estos dispositivos cuando ya se tiene constancia de la falta de resultados.

En definitiva, entiendo que el art. 588.quinquies.b.4 LECrim regula esta cuestión de un modo impreciso que puede afectar a los derechos constitucionales de los ciudadanos. Es por ello, que tal vez sería una buena idea considerar su derogación o, en su caso, su reforma para limitarse su aplicación a casos concretos y determinados de urgencia y necesidad con relación a supuestos concretos de delitos de especial gravedad en los cuales esta clase de actuaciones de la policía pudieran estar justificadas.

3. FUNDAMENTO NECESARIO Y EXIGIBLE DE LAS PETICIONES DE LA POLICÍA PARA SOLICITAR UN AUTO JUDICIAL DE INTERVENCIÓN EN LA PRIVACIDAD DE LOS CIUDADANOS

La instalación de los dispositivos de seguimiento y localización están sometidos a la previa autorización judicial en forma de auto debiendo valorar el Juez la concurrencia de los requisitos de necesidad y proporcionalidad (art. 588 quinquies b.1 LECrim). No se contiene en la regulación de esta concreta diligencia de investigación tecnológica ningún requisito específico más, como sí sucede con relación a otra clase de medidas de investigación tecnológica. Por ejemplo, respecto a la clase de delito investigado. De modo que podrá acordarse esta medida para investigar cualquier clase de delito. Además, la Ley prevé una duración de la medida que a todas luces parece excesiva teniendo en cuenta su importante impacto en los derechos fundamentales del investigado. Efectivamente, la ley prevé que la medida de seguimiento puede tener una duración máxima de tres meses, que se puede prorrogar hasta 18 meses. Las prórrogas, dice la Ley se acordarán por el mismo o inferior plazo: «si así estuviera justificado a la vista de los resultados obtenidos con la medida» (art.

588quinquies.c. LECrim). No parece este un plazo, aunque sea máximo, que pueda entenderse conforme con la clase de la medida y la ausencia de mínimos de clase de delito y penalidad para su adopción.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que son exigibles a esta medida de investigación tecnológica los principios rectores de carácter general recogidos en los arts. 588.bis.a y ss. LECrim. En su virtud esta medida debe acordarse con plena sujeción a los principios de: «... *especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida*» art. 588.bis.b LECrim. Todos los citados principios se traducen en la necesidad de que el Juez realice el debido ejercicio de valoración de los hechos y las circunstancias concurrentes con base en el previo oficio de la policía que deberá recoger los extremos previstos en el art. 588.bis.b LECrim. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo que establece que: *«la nueva regulación no menciona la exigencia de que el acto jurisdiccional habilitante sea el desenlace de un juicio de proporcionalidad. El legislador no consideró procedente definir los parámetros cuantitativos o cualitativos de gravedad del delito que haría viable el empleo de estos dispositivos en la investigación. Este silencio, sin embargo, no puede interpretarse como una relajación de las exigencias constitucionales proclamadas por el art. 588 bis a). Los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad siguen actuando como presupuestos de legitimidad, cuya concurrencia ha de quedar expresamente reflejada en la resolución judicial habilitante. De ahí que el discurso justificativo basado en una pretendida voluntad legislativa de debilitar el deber judicial de motivación de las resoluciones restrictivas de derechos, no puede ser admitido»* STS de 13 de mayo de 2020.

En su virtud la adopción de esta medida de investigación tecnológica debe observar todos los principios y garantías legales para evitar su utilización indebida, desproporcionada o infundada. Y a ese fin resulta necesario que en el auto judicial se contenga suficiente fundamentación con relación a la necesidad de adoptar la medida. Téngase presente que se trata de una injerencia que afecta a la intimidad y la libertad personal y, por tanto, su adopción debe acordarse con pleno respeto a las garantías legales.

Entre los criterios de control de la solicitud de la medida se halla el muy importante, y a veces preterido, principio de especialidad. Este es un principio que, en este ámbito, determina que la injerencia en los derechos fundamentales esté relacionada, específicamente, con la investigación de un delito concreto, no con la investigación genérica de una sospecha que es lo que sucede en el caso resuelto por la STS 13 de mayo de 2020. Esto es lo que establece, perfectamente, el art. 588.bis.a.2 LECrim en los siguientes términos: *«2. El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva»*. Este precepto se halla en sede de disposiciones generales aplicables a las diligencias de investigación tecnológica y es perfectamente aplicable a los dispositivos de seguimiento. En su virtud se exige que la policía primero y luego el Juez especifiquen cual es el concreto delito que se está investigando. A ese fin la policía deberá hacer constar en su oficio los indicios de criminalidad que se hubieren puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia (art. 588.bis.b LECrim). Y el auto judicial debe expresar, entre otros contenidos cual sea: *«a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los*

indicios racionales en los que funde la medida» (art. 588.bis.a LECrim).

En el caso resuelto en la STS 13 de mayo de 2020 la orden judicial que acordaba la medida de seguimiento y localización del sospechoso se fundó en un oficio policial en el que se hacían constar tres indicios realmente débiles e insuficientes para poder adoptar una injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Estos fueron: «a) una confidencia anónima en la que se decía que el acusado, con domicilio en Villagarcía de Arosa estaba realizando viajes desde esa localidad a Ponferrada (León), transportando cocaína para ser suministrada a varias personas; b) la existencia de antecedentes policiales por delito de tráfico de drogas en la base policial del Ministerio del Interior; c) la constatación, a través del sistema de cámaras de la Dirección General del Tráfico, de que el acusado se desplazaba desde Villagarcía de Arosa a Ponferrada» (STS 13 de mayo 2020). Si se analizan los tres indicios se percibe con claridad que el segundo y el tercero no son en realidad indicios de criminalidad. No lo es que una persona tenga antecedentes policiales, que no penales, con relación al tráfico de drogas. Antecedentes que constan al decir de los autos en la base policial del Ministerio del Interior. Tampoco es un indicio de criminalidad que una persona se desplace de un lugar a otro. Así, una vez apartados estos dos hechos, del relato ofrecido por la policía, únicamente queda sujeto a valoración la confidencia anónima. Y, obviamente, un indicio de esa clase no puede servir para fundar una investigación penal con injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos. De hecho, nada impide que una investigación pueda iniciarse con esa clase de denuncia, pero en ese caso es precisa investigación policial para constatar la existencia de otros elementos indiciarios que puedan justificar una investigación penal. Es por ello que el Tribunal Supremo, con buen criterio, declara la nulidad del acto habilitante de la medida de investigación al entender que una simple confidencia anónima no puede ser fundamento suficiente para la adopción de una injerencia de esta clase: «No podemos aceptar como norma general que esos tres elementos indiciarios sean suficientes para arrebatar a cualquier ciudadano el inicial blindaje que le proporciona su derecho a la intimidad. Una confidencia anónima, sin más, que no ofrezca otros elementos de corroboración que los antecedentes policiales y la realidad de unos viajes, no debería haber llevado a respaldar una resolución judicial habilitante para la restricción de derechos» STS 13 de mayo de 2020.

Obviamente este criterio no fue el adoptado primero por la Audiencia Provincial de León y luego por el TSJ de Castilla y León. La Audiencia convalidó el auto al hacer depender la legalidad de la intervención del «éxito» de la intervención policial: «...no considera la Sala que la autorización judicial no cumpla con los requisitos legalmente exigibles pues se dictó un Auto motivado y la petición de la policía no respondió solo a una "llamada anónima" sino que de un lado se constató que la persona a la que se le atribuía estar traficando ya le constaba antecedentes penales por tales hechos (con una condena de 7 años por tráfico de drogas) y, a través de la cámaras de la DGT se constató igualmente la regularidad de los viajes que se efectuaban, de manera que, constatado tales hechos, se libró la autorización judicial para la colocación del dispositivo. Y prueba que lo solicitado y acordado por el Juzgado respondía a la existencia de indicios relevantes, es la intervención a Nemesio de casi 100 gramos de cocaína con una pureza del 76% y de un valor el mercado próximo a los 6.000 euros» (SAP de León, Sección 3ª, Sentencia 539/2017 de 29 nov. 2017, Rec. 27/2017, LA LEY 211117/2017). Este es un criterio que podríamos denominar «resultista», por el cual bien están las cosas que bien acaban. Es decir, bien dictado estaba el auto cuando al final se hallaron las drogas en el mismo. Naturalmente este es un

procedimiento que no puede ser aceptado, ya que la oportunidad y legalidad del auto no puede depender del resultado obtenido. De hecho la misma Audiencia da la razón a la queja del acusado señalando que: «...Asiste la razón a quien insta la nulidad que mayores indicios hubieran permitido una mayor argumentación para la adopción de dicha medida pero no puede considerarse, a juicio de este Tribunal, que la autorización que se deriva del Auto cuya nulidad se pretenda pueda ser calificada de caprichosa, infundada y que no se corresponda con la regulación vigente al tiempo de su dictado» (SAP de León, Sección 3ª, Sentencia 539/2017 de 29 Nov. 2017, Rec. 27/2017, LA LEY 211117/2017). En cuanto al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León desestima el recurso de apelación con una argumentación confusa en la que otorga valor a la confidencia anónima y no considera que la instalación de dispositivos de geolocalización suponga una injerencia en la «intimidación esencial del individuo»: «A la Juez le han bastado, para autorizar la intervención, las razones aducidas en la solicitud: un individuo relacionado con el mundo de la droga por sus antecedentes penales y policiales realiza periódica y sistemáticamente viajes de ida y vuelta desde Villagarcía de Arosa a Ponferrada, en un automóvil determinado, sin otro motivo aparente que el de traer cocaína a esta última ciudad, según confidencias anónimas fiables; y teniendo en cuenta, como no podría dejar de hacerse, que el derecho a la privacidad menoscabado por el dispositivo que se proponía instalar no afectaba más que a los desplazamientos de un vehículo, sin invadir la intimidación esencial del individuo, como lo haría, por ejemplo, la intervención de su teléfono, o de su correspondencia, o la entrada en su domicilio —amén de que la finalidad de acreditar los viajes en cuestión podría haberse servido igualmente, en ausencia de medios más sofisticados y sin necesidad siquiera de autorización judicial, mediante un seguimiento personal que hubiese dado fe en todo momento de lo mismo que se pretendía, y aún con mayor detalle, e incluso, si se quiere, con el rastreo del posicionamiento geográfico de los teléfonos móviles a través de los repetidores, no necesitado tampoco por sí mismo de mandamiento judicial, que sí precisa, por el contrario, la instalación del dispositivo que nos ocupa, en la medida en que conlleva la manipulación secreta de un vehículo vinculado al giro o tráfico de un particular—, no puede por menos de concluirse que la intervención acordada implica una intromisión mínima en los derechos tutelados por el auto judicial, amparada y justificada en sus propios fundamentos por la adecuada proporción entre los fines legítimos pretendidos y el bien jurídico afectado». STSJ de Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 20/2018 de 25 jun. 2018, Rec. 15/2018, LA LEY 116305/2018.

Finalmente tuvo que ser el Tribunal Supremo el que decretara la nulidad del auto autorizando la instalación del dispositivo con base en tres consideraciones principales: 1ª La diligencia de investigación de instalación de dispositivos de rastreo afecta, como mínimo, al derecho a la intimidad y requiere de autorización judicial previa. 2ª El auto judicial debe estar fundado conforme está previsto en los arts. 588.quinquies.b LECrim así como los arts. 588.bis.b y c LECrim en sede de disposiciones generales respecto al contenido, motivación y fundamento del auto judicial y el oficio policial solicitando la medida. 3ª La insuficiencia como único indicio de una confidencia anónima para fundar la adopción de la medida. Esta constatación en forma de jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta oportuna para sentar jurisprudencia respecto de las medidas de investigación tecnológica. También para reforzar ciertos clásicos y certeros criterios jurisprudenciales que con el paso del tiempo van siendo socavados. Entre ellos, por ejemplo, la racional prevención y rechazo ordinario de la denuncia o la confidencia anónima como noticia suficiente para iniciar un procedimiento judicial. Esta es una jurisprudencia claramente asentada por el Tribunal Supremo que,

como tantos otros principios, pueden acabar siendo olvidados y soslayados ante la vertiginosa rapidez con la que se actúa en los tiempos presentes.

Efectivamente, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que: *«Las "noticias confidenciales", en suma, aunque se consideren fidedignas no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales .../... No son los hechos que se describen en la noticia confidencial los que pueden servir de fundamento a la resolución judicial autorizando la entrada y registro sino el resultado de la investigación de la policía que, en este caso, se limitó a consignar en el escrito de solicitud al Juzgado las afirmaciones que le hizo el confidente lo que era manifiestamente insuficiente para justificar la medida cautelar que se pedía y en consecuencia, también era insuficiente la motivación del Auto que la autorizó, que tampoco podía completarse con el "ulterior atestado policial", pues si bien revela una mayor información no subsana la parquedad del oficio inicial que es lo único existente en el momento de dictar la resolución judicial habilitante de la entrada y lo único que podría estar llamado a integrar la resolución judicial...»* STS 28 enero de 2002, n.º 82/2002, Rec. 1231/2000, LA LEY 2974/2002. En su virtud, resulta claro que una denuncia o confidencia anónima puede ser un medio de recepción de la «notitia criminis» que dé lugar a que la policía compruebe la realidad de la misma y, en su caso, como resultado de esa comprobación inicial se levante atestado y se dé traslado al Juez de instrucción competente. De modo que lo que permite la denuncia anónima es producir el inicio de la investigación policial que deberá fundarse en lo sucesivo en la existencia de suficientes indicios de criminalidad. Ahora bien, lo que no cabe es que la propia denuncia o confidencia anónima dé lugar a fundar una injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Lo explica perfectamente el TS en la sentencia de 14 de marzo de 2014 en la que dice: *«...la llamada anónima solo permite el inicio de la investigación policial, y eso es lo que ocurrió aquí, en base al resultado de la encuesta policial, de los seguimientos y demás datos obtenidos es cuando se pide la intervención telefónica y esta se concedió, pero no por la llamada anónima, sino por los resultados de la investigación policial desencadenada por ésta. SSTS 1945/2005 (LA LEY 298755/2005); 551/2006; 1354/2009 ó 318/2013. Todas ellas refieren que la mera y sola denuncia anónima no puede justificar un sacrificio de derechos fundamentales, sólo la investigación policial encaminada a verificar en términos razonables la verosimilitud de lo denunciado anónimamente, puede justificar la intervención. La razón de que no sirva la sola y mera denuncia anónima, la encontramos en el viejo brocardo "Quien oculta el rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que se acusa"».* STS 181/2014 de 11 Mar. 2014, Rec. 714/2013; Ponente: Giménez García, Joaquín. LA LEY 26586/2014. En el mismo sentido la STS de 11 abr. 2013 en la que declara que: *«...la información confidencial, aquella cuyo transmitente no está necesariamente identificado, debe ser objeto de un juicio de ponderación reforzado, en el que su destinatario valore su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del proceso penal. Un sistema que rindiera culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no sólo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle. Pero nada de ello impide que esa información, una vez valorada su integridad y analizada de forma reforzada su congruencia argumental y la verosimilitud de los datos que se suministran, pueda hacer surgir en el Juez, el Fiscal o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el deber de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo»* STS 318/2013 de 11 abr. 2013, Rec. 1098/2012; Ponente: Marchena Gómez, Manuel. LA LEY

30533/2013.

Dicho y expuesto todo lo anterior la única respuesta posible que podía dar el Tribunal Supremo al supuesto planteado en el recurso de casación 2749/2018 que da lugar a la Sentencia de 13 de mayo de 2020 no era otra que confirmar su doctrina sobre la insuficiencia de la confidencia anónima para por sí sola poder fundamentar una diligencia de investigación de injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos: *«Las suspicacias acerca del significado procesal de la denuncia anónima —decíamos en la STS 318/2013, 11 de abril— están históricamente justificadas. La Novísima Recopilación (Título XXXIII, Ley VII) prohibió la investigación de los hechos denunciados anónimamente, salvo que tuvieran carácter de notoriedad. La necesidad de poner límites a la delación, está presente en la redacción de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (arts. 166 y 168) y en la Compilación General de 1879 a descartar la denuncia anónima como vehículo idóneo para desencadenar el proceso penal. Todo indica, por tanto, que la información confidencial, aquella cuyo transmitente no está necesariamente identificado, debe ser objeto de un juicio de ponderación reforzado, en el que su destinatario valore su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del proceso penal. Un sistema que rindiera culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no sólo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle»* STS 13 de mayo de 2020. Todo ello sin perjuicio de que tales informaciones confidenciales puedan servir de inicio para una investigación policial que pueda hallar indicios racionales y fundados de criminalidad suficientes para fundar una solicitud de auto de injerencia al Juez. Así, la confidencia anónima si bien no es suficiente para incoar una causa penal sí lo es para abrir una investigación policial teniendo en cuenta el deber de las fuerzas y cuerpos de seguridad de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo (art. 282 LECrim).

4. CONCLUSIONES. VIGENCIA Y EFICACIA DEL PRINCIPIO PROHIBITIVO DE LA PRUEBA ILÍCITA RESPECTO A LA PRÁCTICA DE DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA CARENTES DE FUNDAMENTO

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2020 resuelve el recurso de casación declarando la nulidad de toda la prueba obtenida que había conducido a la condena del acusado al considerar que, conforme con el art. 11 LOPJ, la declaración de nulidad del auto que autorizó la injerencia en el derecho debía suponer la de toda la prueba obtenida. Como señala el Tribunal Supremo: *«El vacío probatorio que sigue a la declaración de nulidad de esa prueba, impide sostener el juicio de autoría»* STS 13 de mayo de 2020. Se trata de una decisión perfectamente fundada que sigue el criterio jurisprudencial en la materia que se ha consolidado en los últimos años y más concretamente en las dos sentencias consecutivas dictadas por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional con relación a la prueba ilícita referidas al que se ha venido a llamar «caso Falciani» en el que se juzgó a una persona por delito fiscal con base en datos obtenidos por el Sr. Falciani por medio de su trabajo en la entidad suiza en la que se hallaban depositadas cantidades de dinero que no habían sido declaradas en España.

En el asunto Falciani primero el Tribunal Supremo (STS de 23 de febrero de 2017, n.º 116/2017, Rec. 1281/2016, LA LEY 4328/2017) y posteriormente el Tribunal Constitucional (STC Pleno 97/2019 de 16 Jul. 2019, Rec. 1805/2017) convalidaron las pruebas objeto de valoración entendiendo el Tribunal Supremo que en esta materia debía diferenciarse entre las distintas situaciones que pueden producirse en la obtención de la prueba y respecto a la afectación que en los derechos del acusado pueda producir su valoración.

En cuanto a lo primero la consecuencia ineludible respecto de cualquier prueba obtenida por agentes del Estado (personificados en policías, jueces, fiscales o cualquier otro) con violación de derechos fundamentales debe ser la de su nulidad sin que pueda, conforme con lo previsto en el art. 11.1 LOPJ producir efecto alguno. Ahora bien, en el caso de que la infracción del derecho fundamental se atribuyera a un tercero ajeno a la administración del Estado la consecuencia de la nulidad no deviene ineludible, sino que habrá que ponderar caso por caso cual debe ser la consecuencia de esa conducta con relación a la validez de la prueba. Ese es, precisamente, el supuesto que tiene lugar en el caso enjuiciado en el que la prueba de cargo («Lista Falciani») fue obtenida por un particular en unas condiciones que considera el Tribunal Supremo que determinan que pueda operar directamente la regla de exclusión. En ese caso, y en otros, hay que estar al caso concreto a fin de establecer el alcance que deba tener la posible afectación del derecho fundamental del acusado que se hubiera podido producir en el caso enjuiciado.

En segundo lugar, conforme con el Tribunal Supremo, la regla de exclusión de las pruebas obtenidas con infracción de los derechos fundamentales deviene de la proyección del concepto de «proceso con todas las garantías» que reconoce nuestra Constitución, que se incluye dentro de las que regulan el sistema jurídico de los Estados democráticos que prevén normas que garantizan un juicio justo lo cual no sucedería si el propio Estado se hallará libre de allanar los derechos de los ciudadanos sin atención a las propias reglas de derecho que las leyes establecen en esta materia. En su virtud, declara el Tribunal Supremo que lo que proscribe el art. 11 de la LOPJ no es otra cosa que la obtención de pruebas por los agentes al servicio del Estado, como un modo lógico y coherente de respetar los principios constitucionales y legales en los que se fundamenta nuestro sistema de proceso penal, que parte de la premisa necesaria de que el proceso se asienta, como cualquier otra actividad jurídica de la Administración del Estado en el principio de legalidad y de propio respeto a las normas que el propio Estado promulga y aplica.

La STC Pleno 97/2019 de 16 Jul. 2019, Rec. 1805/2017 confirmó el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en la sentencia 116/2017 afirmando: « *son necesarios dos pasos para determinar la posible violación del art. 24.2 CE como consecuencia de la recepción probatoria de elementos de convicción ilícitamente obtenidos: A) se ha de determinar, en primer lugar, si esa ilicitud originaria ha consistido en la vulneración de un derecho fundamental sustantivo o de libertad; B) se ha de dilucidar, en caso de que el derecho fundamental haya resultado, en efecto, comprometido, si entre dicha vulneración originaria y la integridad de las garantías del proceso justo que nuestra Constitución garantiza (art. 24.2 CE) existe un nexo o ligamen que evidencie una necesidad específica de tutela, sustanciada en la exclusión radical del acervo probatorio de los materiales ilícitamente obtenidos*». De modo que se admite la necesidad y relevancia de un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso entendiendo que:

«B) La constatación de la violación originaria del derecho fundamental sustantivo (en este caso, del derecho a la intimidad) no determina por sí sola, sin embargo, la automática violación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), generando la necesidad imperativa de inadmitir la correspondiente prueba». Entendiendo que: «La interpretación del art. 11.1 LOPJ efectuada por el Tribunal Supremo, que le ha llevado a considerar que esta norma legal es compatible con un juicio ponderativo, no merece, por tanto, ninguna censura desde el punto de vista del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)».

Esta doctrina jurisprudencial ha sido criticada por algún sector doctrinal por entender que con ella se está inaplicando la norma prescrita en el art. 11 LOPJ de la ineludible consecuencia de la nulidad absoluta de todas las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales. Desde mi punto, sin embargo, considero que la jurisprudencia descrita se adapta perfectamente a las distintas realidades que coexisten en esta materia postulando por un juicio concreto en el caso concreto en el que se debe supeditar las consecuencias de la nulidad a la previa ponderación de cuestiones como las siguientes: quién y cómo se produjo la violación del derecho fundamental, cómo se relaciona esa violación con las pruebas obtenidas y que trascendencia ha tenido la violación para el acusado respecto a su derecho a un juicio con todas las garantías.

Precisamente una consecuencia de tal doctrina la encontramos en la STS 13 de mayo de 2020 en la que el Tribunal Supremo acuerda la nulidad absoluta de toda la prueba por concurrir los requisitos para ello: violación de un derecho fundamental por defecto de motivación insubsanable de la resolución judicial habilitante. No existe duda en este caso que pueda conducir a plantearse la excepción de la regla de exclusión. Está claro que se produce una vulneración del derecho a la intimidad en tanto que la habilitación que concede la ley a ese fin no resultó suficientemente cumplida en este caso. Pero, yendo un poco más allá nos podemos plantear cuál debiera ser la decisión de un tribunal si en el caso de autos se hubiera hallado un cadáver en el maletero del vehículo objeto de seguimiento con base en un auto que hemos dicho que era nulo en tanto que no se había fundamentado debidamente. Siendo así ¿Sería distinta la situación y, por tanto, la interpretación y resolución del asunto? Es decir ¿sería también nula la prueba fundada en el cadáver hallado en el vehículo que conducía el investigado? Desde mi punto de vista la prueba referente a la droga en el caso que se hubiere encontrado también sería nula, pero el cadáver como prueba sería un hecho válido y lícitamente valorable por el tribunal sin ninguna duda. Aquí entra en juego la citada jurisprudencia sobre la prueba ilícita que debería conducir a dar validez a la prueba obtenida ya sea aplicando la teoría del hallazgo casual o entendiendo que no existe conexión de antijuridicidad entre la prueba refleja (el cadáver) y la prueba ilícita fundada en la insuficiencia del auto que autorizo el seguimiento del vehículo. De otro modo estaríamos supeditando la defensa de los derechos de las víctimas, y de todo el sistema judicial que responde ante la sociedad, a la actuación más o menos legal o acertada de la policía. Hemos de tener en cuenta que la finalidad del Derecho Procesal Penal que es el medio para juzgar conductas delictivas porque el ciudadano no puede arbitrar su propio derecho. Naturalmente que atendiendo a su desarrollo y funcionamiento debe garantizar los derechos del sometido al enjuiciamiento, pero sin olvidar su primera y absolutamente necesaria finalidad que consiste en proteger los derechos de las víctimas de los delitos. Ambas finalidades a del Derecho Procesal Penal como finalidad y como medio son compatibles, aunque su tratamiento

combinado no siempre resulta fácil. Ello aparece claramente en la cuestión de la prueba ilícita. Problema tantas veces debatido y nunca resuelto. Probablemente porque no tenga solución como no la tiene la existencia de violencia en nuestra sociedad o los errores o deficiencias que derivan del criterio humano aplicado a la resolución en sentencia de un asunto juzgado por un tribunal.

Novedades jurisprudenciales en probática y Derecho probatorio

Manuel Richard González

*Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universidad Pública de Navarra
Miembro de la Junta Directiva de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio*

Resumen: La finalidad de esta sección es realizar un análisis de las más recientes resoluciones judiciales (por lo general sentencias) dictadas en materia de probática y derecho probatorio. Nuestra intención es ser útiles y a ese fin necesitamos ser prácticos, sintéticos y directos. Es por ello que la estructura del análisis jurisprudencial sigue un orden y contenido que intenta dar cuenta clara y precisa de aquello de especial interés para la práctica forense. A saber: 1º Explicación del asunto. 2º Materias de interés tratadas en la sentencia. 3º Qué usos, enseñanzas y estrategias podemos extraer de la resolución.

1. LÍMITES DE LA INVESTIGACIÓN DE LOS DETECTIVES PRIVADOS. NATURALEZA PROBATORIA COMO PRUEBA TESTIFICAL DEL INFORME DE DETECTIVES PRIVADOS (ANÁLISIS STS 4ª 155/2020 DE 19 FEB. 2020, REC. 3943/2017)

1.1. Planteamiento y explicación del asunto

La STS 155/2020 se pronuncia sobre el despido de un trabajador contratado en una Gestoría a tiempo completo al que la empresa despide por realizar trabajos de abogado por propia cuenta. El despido se fundamentó en el informe de un detective privado que se dirigió al empleado para solicitarle asesoramiento jurídico en calidad de abogado por cuenta propia. A ese fin el detective realizó varias llamadas para fijar un día y una hora para la consulta. El trabajador le ofreció varias posibilidades de visita en horas en las que ya había finalizado su actividad laboral. El detective rechazó las propuestas y finalmente consiguió concertar una visita que se realizó en el despacho de otro abogado amigo del trabajador despedido a una hora en la que teóricamente debía estar trabajando en la Gestoría. El informe del detective sirvió de base para el despido del trabajador por incumplimiento de sus obligaciones laborales. En primera instancia el Juzgado declaró el despido improcedente por valorar como ilícito el informe del detective privado. En suplicación el TSJ de Andalucía estimó el despido como procedente. A ese fin valoró como prueba documental el informe del detective privado que entendió lícito. En casación el Tribunal Supremo estimó el recurso del trabajador para declarar casada y anulada la sentencia impugnada ordenando su devolución al TSJ de Andalucía para que: «... partiendo de la verdadera naturaleza no documental del informe de detectives, cuya práctica no debió ser admitida por su manifiesta ilicitud, decida en la nueva sentencia sobre el recurso de suplicación». Los motivos del TS se exponen a continuación.

1.2. Materias de interés tratadas en la sentencia: Sobre la naturaleza del informe de detective

privado a efectos de su valoración en suplicación y/o casación. Límites de la actuación del detective privado a efectos de su licitud

La sentencia citada atiende a dos cuestiones esenciales: 1ª Sobre la naturaleza del informe de detectives privados. 2º Licitud del informe de detectives atendiendo a la investigación que contiene.

1ª Sobre la naturaleza probatoria de prueba testifical del informe de detectives privados

Conforme con la STS 155/2020 los informes de detectives privados se deben tratar a efectos probatorios y de recurso como prueba testifical sin perjuicio de que se aporten en informe escrito. Esa es la naturaleza que se les da en los arts. 265 y 380 LEC. Esta es también su naturaleza a efectos de su posible revisión en el recurso de suplicación o casación. Sobre esta cuestión el TS en la sentencia 155/2020 unifica la doctrina existente hasta el momento para declarar que: *«La doctrina correcta es la de la sentencia referencial, puesto que la jurisprudencia de modo reiterado y pacífico, por todas STS 24-02-1992, ha venido manteniendo que **la naturaleza jurídica de los informes de detectives, aunque se presenten por escrito, corresponde propiamente a una prueba testifical, que carece de utilidad para la modificación de los hechos probados en suplicación. En efecto, es doctrina de esta Sala, que en este caso hemos de asumir y reiterar, que los escritos en que se reflejan manifestaciones de terceros no pueden ser considerados, en principio, como prueba documental a los efectos de fundamentar la revisión fáctica en suplicación a que se refiere el art. 193 c) LRJS, "... ni tampoco el error de hecho en casación ordinaria (art. 207.d LRJS), —al no tratarse de un auténtico documento sino de meras manifestaciones testimoniales formuladas por escrito que por ello no pierden su verdadero carácter de prueba testifical o de una denominada prueba testifical impropia, que solo habría adquirido todo su valor procesal como tal prueba testifical de haber sido ratificada en juicio por sus firmantes, cuya valoración queda a la libre apreciación del juzgador de instancia, como se deduce, además, palmariamente de la redacción literal de los preceptos procesales reguladores...—"*** (STS citada de 15/10/2014 (n.º recurso 1654/2013)» STS 155/2020.

2º Sobre los límites de la investigación de detectives privados. Ilícitud del informe cuando es el detective el que provoca la infracción del sujeto investigado

Los detectives privados no pueden actuar como provocadores del delito, ya que de ser así la prueba que hubieren obtenido en el ejercicio de sus funciones será declarada ilícita y no valorable por el tribunal. Esta es una cuestión que no se regula directamente en la Ley de seguridad privada 5/2014. Aunque sí se establece con claridad que la investigación que realicen los detectives privados debe respetar la Constitución y los derechos fundamentales de los ciudadanos, siempre actuando conforme con los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad (arts. 8, 30 y 48 Ley 5/2014). Pues bien, dentro de su actuación no pueden actuar como provocadores de la actuación irregular que, precisamente, están investigando. Eso es lo que sucede en el caso analizado en el que el detective privado insiste en obtener una cita con el empleado dentro de su jornada laboral, cuando aquél le había ofrecido otras posibilidades fuera de su jornada laboral. En ese caso entiende el Tribunal Supremo que: *«La prueba es ilícita, por cuanto la promoción de una consulta simulada, instrumentada por una detective privada contratada por la empresa, para probar que el demandante ejercía la abogacía por cuenta propia en horas de trabajo, forzada una y otra vez por la detective, quien rechazó ver al demandante fuera de sus horas de trabajo, supuso una clara*

acción coactiva sobre la voluntad del trabajador, así como la utilización de procedimientos ilícitos o éticamente reprobables, que vulneró el derecho a la dignidad del trabajador, asegurada por el art. 10 CE, así como a su libre y espontánea determinación, como resalta la sentencia de contraste. - **Dicha prueba no debió admitirse por la sentencia recurrida, ni tampoco permitir que desplegara plenos efectos probatorios**, por cuanto el órgano judicial no puede, a tenor con el art. 11 LOPJ en relación con el art. 90 LRJS, fundar su decisión en pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales y libertades públicas, existiendo múltiples pronunciamientos, entre otros SSTC 98/2000, de 10/Abril; 186/2000, de 10/Julio; 29/2013, de 11/Febrero; y 39/2016, de 3/Marzo. Y SSTS 05/12/03 —rec. 52/03—; 07/07/16 —rcud 3233/14—; y SG 31/01/17 —rcud 3331/15—), que han incorporado la doctrina anglosajona del "fruto del árbol emponzoñado", en cuya virtud al juez se le veda valorar no sólo las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental, sino también las que deriven de aquéllas» STS 155/2020. Resulta clara la doctrina del Tribunal Supremo que sin mentarlo está aplicando aquí el mismo criterio que se recoge en la jurisprudencia penal que rechaza que el agente infiltrado (regulado en el art. 282,bis LECrim), pueda actuar como agente provocador del delito.

1.3. Que usos, enseñanzas y estrategias podemos extraer de la sentencia analizada

Como personalmente he dicho en algún otro trabajo creo que en materia laboral, desde el punto de vista de la empresa, es mejor obtener una certeza segura confiable que pueda justificar un despido que una investigación más completa con mayor incidencia en algún derecho fundamental que pueda, finalmente, perjudicar la decisión empresarial (1) . En el caso analizado se aportó prueba que podía haber justificado el despido. En ese caso, probablemente sea mala idea pretender obtener una prueba de mayor importancia, cuando con ello se pueden afectar derechos fundamentales del trabajador. Por otra parte, creo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia 155/2020 es un buen ejemplo de la técnica de unificación de la doctrina tanto por parte de los recurrentes que utilizan correctamente la exigencia de citar una sentencia de contraste como del Tribunal Supremo que se pronuncia de un modo especialmente didáctico. Finalmente, en materia procesal a veces es mejor evitar pedir «cosas», porque a lo mejor te las conceden para poco después «quitártelas». En el presente caso, el TSJ de Andalucía revoca la sentencia de instancia sirviéndose a ese fin de una nueva valoración del informe de detective, para lo cual debía atribuirle la naturaleza de prueba documental conforme a la petición del recurrente. Esta petición se fundaba en alguna jurisprudencia del TS que había dado ese valor al informe del detective Privado. Sin embargo, resulta claro por lo expuesto que se trata de una prueba de naturaleza testifical como así declaró el Tribunal Supremo en la sentencia analizada. De modo que, tal vez, habría que haber obviado esa cuestión para centrar el recurso en otras cuestiones menos dudosas y más susceptibles de ser acogidas por el Tribunal.

2. LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE UNA PAREJA DE HECHO, AUNQUE ESA PRUEBA NO SEA SUFICIENTE PARA OBTENER EL DERECHO RECLAMADO (ANÁLISIS STS 3ª, SECCIÓN 4ª, 608/2020 DE 28 MAY. 2020, REC. 6304/2017)

2.1. Planteamiento y explicación del asunto

El asunto analizado se fundamenta en la petición de la pareja de hecho de un empleado del ejército

en la reserva que había fallecido para obtener una pensión de viudedad. La petición se fundó en el hecho de que, sin mediar impedimento para contraer matrimonio, había mantenido una relación estable de pareja de hecho durante más de diez años con el fallecido. La petición fue denegada en vía administrativa con fundamento en la falta de inscripción de dicha relación en alguno de los registros específicos existentes en la Comunidad Autónoma o en el Ayuntamiento. La solicitante presentó demanda invocando que el art. 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril de Clases Pasivas del Estado considera la inscripción de la pareja de hecho como un medio más para acreditarla pero no un requisito constitutivo. La Sección Cuarta del TSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo (Sentencia 587/2017 de 28 jul. 2017, Rec. 20/2016, LA LEY 159660/2017) estimó el recurso de la demandante, anuló la actuación administrativa impugnada y le reconoció el derecho a percibir la pensión de viudedad al considerar que la prueba practicada acreditaba la existencia de la relación de hecho entre el fallecido y la solicitante. Frente a esa sentencia interpuso recurso de casación la anterior pareja del fallecido por entender, con base en distintos argumentos, que no se habían acreditado las exigencias legales para la concesión del derecho a la pensión de viudedad de la solicitante. El Tribunal Supremo examina el asunto para llegar a la conclusión de que: *«Su convivencia estable, que la Sala de Barcelona consideró probada en juicio, no es bastante para el reconocimiento a la Sra. María Dolores de la pensión de viudedad»*. La decisión del Tribunal Supremo se fundamenta en la circunstancia que la legislación aplicable, en este caso el art. 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987, dispone que la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante. En consecuencia, estima el recurso de casación con denegación del derecho de viudedad de la solicitante.

2.2. Materias de interés tratadas en la sentencia. Una pregunta: ¿Cómo probar la existencia de una situación de hecho, en este caso una pareja? Y una constatación: la prueba de un hecho puede no ser suficiente para obtener el derecho

1º ¿Cómo probar la existencia de una situación de hecho, en este caso una pareja?

Más allá de la resolución final del asunto lo cierto es que en el procedimiento analizado se ofrecen los elementos de prueba necesarios y suficientes para probar una relación como pareja de hecho. Concretamente se aportó al procedimiento para probar esta circunstancia la siguiente prueba: - Documental consistente en certificado de empadronamiento de ambos miembros de la pareja; facturas de diversos viajes realizados conjuntamente; comprobantes de la asistencia como paciente de la solicitante de la pensión acompañada por el fallecido; certificación eclesiástica del nombramiento del fallecido como padrino de una nieta de su pareja de hecho; intervención y firma en algunos otros documentos negociales en los que interviene la pareja. Testifical consistente en la declaración del hermano del causante y de otro familiar que declararon la existencia de una relación de pareja entre el fallecido y la solicitante de la pensión. Todos son hechos indiciarios suficientes para acreditar la existencia de una relación de pareja de hecho. Así se reconoce en la STSJ Cataluña, Sentencia 587/2017 de 28 Jul. 2017, Rec. 20/2016, LA LEY 159660/2017,

2º La prueba de un hecho puede no ser suficiente para obtener el derecho

La prueba descrita en el párrafo anterior fundamentó la decisión del TSJ de Catalunya para entender que la relación de hecho estaba acreditada y, en consecuencia, debía concederse a la solicitante el derecho a la pensión de viudedad: *«En atención a los anteriores elementos probatorios consignados este Tribunal considera que existió pareja de hecho y que la misma se ha acreditado fehacientemente con los elementos hoy expuestos. Por ello, se ha de anular la resolución administrativa recurrida y dejar sin efecto la misma, con todos los pronunciamientos administrativos correspondientes, así como económicos desde la fecha que corresponda»* (STSJ Cataluña, Sentencia 587/2017 de 28 jul. 2017, Rec. 20/2016, LA LEY 159660/2017). El problema se halla en el hecho que en este caso concreto la prueba de la existencia de una pareja de hecho estaba condicionada al cumplimiento de unos requisitos formales que son los previstos en el art. 38.4 RDL 670/1987 que prescribe, entre otras cuestiones, la necesidad de la inscripción de la relación en un registro público o con un documento público en que se haya formalizado la situación con una antelación de al menos dos años antes del fallecimiento. Concretamente respecto a la prueba de la existencia de una pareja de hecho a los efectos de poder acceder a la pensión declara el Tribunal Supremo que: *«... la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante los medios señalados en el párrafo cuarto del artículo 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987, es decir mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante»*. STS, 608/2020 de 8 May. 2020, LA LEY 48353/2020).

2.3. Que usos, enseñanzas y estrategias podemos extraer de la sentencia analizada

En el caso analizado la prueba del hecho no sirvió a la solicitante de la pensión para poder obtenerla. Esto fue así porque hemos de tener presente que la prueba que se debe realizar en el juicio debe atender todos los aspectos del litigio y, concretamente, el supuesto de hecho legal del asunto. En el caso analizado, la solicitante probó suficientemente la existencia de una relación de hecho con el fallecido. El problema es la falta de prueba del hecho antecedente, previo y necesario que era la inscripción en el registro. Hecho sólo susceptible de prueba de un modo determinado: la aportación de la inscripción. Sin embargo, con carácter general lo que sucede es que debemos probar los hechos constitutivos de la pretensión mediante indicios. A ese fin creo que es importante el detalle de plantearnos siempre el punto de vista que la probática ofrece respecto a cómo probar el hecho simple o complejo que constituye el objeto de la petición y, en consecuencia, del proceso. Así, en el caso presente a la pregunta básica sobre como probar una relación de hecho podría responderse que aportando los indicios que en este caso sirvieron para acreditarla. Aunque, finalmente, no se ganara el asunto por no haber podido probar el hecho previo y esencial de la inscripción o documentación pública de la relación. Finalmente, me parece importante tener muy en cuenta los denominados indicios que pueden desmentir la existencia del hecho que queremos probar, los cuales pueden ser desactivados por prueba de contrario (2) .

3. SOBRE LA VALIDEZ DE LA DENOMINADA PRUEBA NEUROCIENTÍFICA PARA PROBAR LA IMPUTABILIDAD DEL ACUSADO EN EL PROCESO PENAL (ANÁLISIS STS 2ª 5 MAY. 2020, REC. 10461/2019)

3.1. Planteamiento y explicación del asunto

El asunto del que se ocupa la STS de 5 de mayo de 2020 son los hechos conocidos como el crimen de Pioz en los que el condenado acabó con la vida de una familia de cuatro miembros incluyendo dos menores de edad en dos momentos temporales distintos. Se trató de un crimen especialmente grave por todas las circunstancias concurrentes. Los detalles de los hechos carecen ahora de importancia. El acusado fue condenado a varias penas entre las que se incluyó la de prisión permanente revisable. Las penas fueron recurridas ante el TSJ de Castilla-La Mancha que dictó sentencia modificando en parte la calificación de los hechos y las penas correspondientes STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 16/2019 de 13 jun. 2019, Rec. 1/2019. LA LEY 99592/2019). Frente a la sentencia dictada por el TSJ de Castilla-La Mancha tanto el condenado como las acusaciones particulares interpusieron recurso de casación del que conoció el Tribunal Supremo con la consecuencia de desestimar el recurso del condenado y estimar el de las acusaciones particulares. Los recursos se fundamentaron en diferentes cuestiones entre las que se halla una que es objeto de nuestro interés que es la referida a la valoración de la prueba científica a la que se sometió al acusado que consistió por parte de la defensa en una prueba neurocientífica y por la acusación en prueba pericial forense psicológica y psiquiátrica. Impugna el condenado que el tribunal de jurado no motivó suficientemente el acogimiento de la prueba pericial psiquiátrica de la acusación que concluyó que en el acusado concurría una psicopatía (lo cual determinó su imputabilidad) frente a la conclusión de la pericia neurocientífica de la defensa que concluyó que concurría una enfermedad psicótica (que hubiere determinado su inimputabilidad). El Tribunal Supremo examina el motivo en el Fundamento de Derecho IV resolviendo que: *«El Jurado no despreció la existencia de esas imágenes neurológicas. Simplemente las consideró insuficientes para justificar el daño cerebral, al no haber podido contar con las explicaciones de un neurólogo que asociara los incuestionables resultados ofrecidos por la medicina nuclear respecto de la capacidad de querer y entender de Santiago»*. STS de 5 de mayo de 2020. De modo que ni esa impugnación ni otras surtieron efecto en casación donde la sentencia fue incluso agravada al estimar el recurso de la acusación.

3.2. Materias de interés tratadas en la sentencia: La validez de la prueba neurocientífica para probar hechos en el proceso. Posición del Tribunal Supremo ante la denominada prueba neurocientífica. Posición de la ciencia ante la denominada prueba neurocientífica

1º Sobre la ausencia de validez de la prueba neurocientífica para probar hechos en el proceso y específicamente la imputabilidad del acusado

Es comprensible que dado lo terrible de los hechos una cuestión nuclear fuera resolver si el acusado era o no imputable. A ese fin, la acusación presentó pericial psicológica y psiquiátrica que concluyó que el acusado mostraba rasgos psicopáticos y antisociales que, sin embargo, no le impedían tener plena conciencia de los hechos realizados. Por lo tanto, consideraron que era imputable y en esa condición fue condenado. Frente a ello la defensa del acusado aportó al proceso un informe pericial en el que se contenía el resultado de una prueba de diagnóstico por la imagen PET-TAC analizadas por un psiquiatra y un psicólogo que acreditarían la existencia de una lesión en el cerebro del acusado lo cual determinaría la existencia de un daño neurológico que conducía a la inimputabilidad del acusado. El Jurado rechazó el informe de la defensa entendiendo, con buen criterio, que como

mínimo debería haber comparecido un neurocientífico que diera cuenta del cómo y el porqué del análisis realizado y de las conclusiones obtenidas.

La prueba pericial neurocientífica no fue acogida por el Jurado que se resistió a los cantos de sirena de la falsa ciencia «*magufa*» que últimamente recorre hasta el último de los pasillos de nuestros tribunales de Justicia. Ahora ya hasta los del Tribunal Supremo. Efectivamente se cuentan por muchos los repetidos intentos de introducción en el proceso de técnicas pseudo científicas. Especialmente distintas variedades de pruebas neurocientíficas como las técnicas de análisis gestual o la denominada prueba «P300 Paradigma Odd ball». Esta última es una prueba neurocientífica de evocación cognitiva que pretende ofrecer una conclusión científica respecto a la existencia de recuerdos de los sometidos a la prueba con relación a determinado hecho. Digo pretende, puesto que no está acreditado científicamente que ninguna de esas pruebas pueda servir al fin de concluir sobre la capacidad volitiva del examinado o sobre si dice o no la verdad con relación a hechos relevantes en el proceso. Se trata en todos los casos de pseudociencias sin la suficiente base científica para poder servir de criterio técnico-científico en el proceso (3). Concretamente, los exámenes PET-TAC utilizados en el proceso analizado son pruebas de diagnóstico por la imagen que sencillamente sirven para detectar masas anómalas en el cerebro (tumores), pero en ningún caso está acreditado científicamente que puedan servir para dar cuenta de la capacidad de entender y querer del individuo. No se trata de negar la posibilidad futura de que esos hechos puedan algún día ser acreditados mediante el examen de las ondas cerebrales, el examen de micro gestos o el de la estructura del cerebro, sucede que en la realidad presente sencillamente eso no es así. No por lo que lo diga un humilde jurista, sino porque la literatura científica en la materia no permite obtener esa clase de conclusiones. A ella me refiero más adelante.

2º Posición del Tribunal Supremo ante la denominada prueba neurocientífica

El Tribunal Supremo rechaza el recurso del acusado que pretendía refutar el informe pericial de la acusación respecto a su imputabilidad para que se acogieran en su lugar las conclusiones del informe neurocientífico del que se desprendería la existencia de una lesión cerebral que determinaría la inimputabilidad del acusado. De ese modo, según la defensa, la valoración del jurado habría infringido la presunción de inocencia del acusado y su derecho a un proceso con todas las garantías. Obviamente no fue así, ya que lo que hizo el jurado fue otorgar mayor credibilidad, con buen criterio, al informe médico forense. Esta valoración fue confirmada por el Tribunal Supremo que entendió que la valoración del Jurado dando preferencia al dictamen forense de la acusación era conforme con los principios y garantías procesales: *«En definitiva, la afirmación del juicio histórico de que, el acusado "... padece una anomalía cerebral (que) en el momento de los hechos no tenía limitada ni de forma importante ni leve su capacidad de saber y entender lo que estaba haciendo y/o actuar conforme a esa comprensión", no es el desenlace de una valoración probatoria contraria a la tutela judicial efectiva o al derecho a la presunción de inocencia. No se ha violentado el derecho a un proceso con todas las garantías y, por consiguiente, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim)»* STS 5 de mayo de 2020.

Por lo tanto, no da la razón el Tribunal Supremo a la acusación ni desautoriza el criterio del Jurado que rechaza las conclusiones del informe neurocientífico. El problema consiste en la aparente

fascinación que parece mostrar el Tribunal Supremo por la fiabilidad y posibilidades de esta clase de pericias de nuevo cuño a las que parece loar en uno de aquellos inconvenientes e innecesarios «obiter dicta» que los tribunales de justicia debieran evitar por el bien de todos. Dice el Tribunal Supremo: *«No falta razón a la defensa cuando subraya la importancia —no entendida por algunos— de una prueba tan certera como el PET-TAC para conocer el alcance de cualquier alteración neurológica. El papel de la neurociencia ha resucitado en la dogmática penal el interés por ciertos perfiles criminológicos que, en una visión histórica que se creía ya superada, predisponían al delito. Hoy asistimos a lo que con acierto se ha llamado una "revolución neurocientífica". Las neurociencias, valiéndose de renovados métodos de experimentación y neuroimagen, están permitiendo un análisis de la mente humana inimaginable hasta hace bien poco. Las tesis defendidas por algunos neurocientíficos, que niegan toda escisión entre la mente y el cerebro, hasta el punto de que la actuación consciente no sería sino una ínfima expresión de nuestra actividad cerebral, han servido para reabrir una controversia histórica, a saber, el determinismo como explicación de muchos de nuestros actos. Se ha dicho, por entusiastas defensores de esta perspectiva, que "no hacemos lo que decidimos, sino que decidimos lo que vamos a hacer de todas maneras". Es cierto que estamos ante un debate todavía en ciernes y sobre el que la Sala no tiene necesidad de pronunciarse. Pero lo que parece fuera de toda duda es que tan censurable como menospreciar la aportación de expertos en neurociencia, es abordar con frivolidad y simpleza el determinismo de los procesos neuronales, interpretando su realidad como muestra de fatalismo. Si así lo hacemos, corremos el riesgo de avalar una degradación de la naturaleza humana que convierte al hombre en un "títere del destino". Sea como fuere, lo que se pide de esta Sala es un análisis, no de la queja de la defensa acerca de la banalización por el Fiscal y los letrados de la acusación de esos avances científicos, sino un examen de si la respuesta del Jurado —confirmada en apelación— se ajusta al canon de motivación que exige el derecho a un proceso con todas las garantías»* Fundamento de Derecho 4.1 STS 5 de mayo de 2020.

Claro el párrafo anterior es un «obiter dicta» y, por tanto, no tiene valor decisorio. De hecho, como se ha dicho, el motivo de casación de la acusación se desestimó. Sin embargo, resulta preocupante la aparente loa que se hace a una clase de técnicas que no tienen ningún rigor científico. De modo que siguiendo lo que dice el Tribunal Supremo lo siento, pero tal vez el problema no es que algunos no entiendan, sino al contrario que entienden de que va todo esto de la neurociencia, y que ni debate en ciernes, ni revolución neurocientífica ni nada parecido. Al menos hoy por hoy. La falta de rigor de esa clase de técnicas pseudocientíficas se van poniendo de manifestó conforme van pretendiendo acceder al proceso. Porque una cosa es que observemos que una determinada área del cerebro se «ilumina» ante un determinado estímulo y otra bien distinta atribuir a ese hecho consecuencias tales como afirmar que el sujeto dice o no la verdad o es o no es imputable. Lamento la extensión que va adquiriendo este comentario pero no quiero acabar en este punto ofreciendo algo de información al lector sobre tres de las técnicas neurocientíficas que son frecuentes candidatas a ser admitidas y valoradas en el proceso y que den ser rechazadas por infundadas y faltas de rigor científico. Posición a cuyo fin contribuye bien poco la loa del Tribunal Supremo contenida en su sentencia de 5 de mayo de 2020.

3º Posición de la ciencia ante la denominada prueba neurocientífica

En primer lugar, respecto a las pruebas neurocientíficas como la aportada al proceso analizado nada

acreditan por estar basadas en meras presunciones sin soporte científico. El origen de esta clase de pruebas se halla en los conocidos experimentos de LIBET y más tarde de KORNHUBER. El experimento de LIBET consistió en solicitar a unos individuos que realizaran determinadas acciones conscientes como presionar un botón, flexionar un dedo o la muñeca. Los sujetos se hallaban monitorizados con aparatos EGG que detectaban en todo momento la actividad cerebral antes y durante la realización de acciones simples como las descritas. Los resultados ofrecieron que determinadas partes del cerebro reflejaban la actividad cerebral necesaria para el desarrollo de la acción instantes antes de que ésta fuera efectivamente llevada a cabo por el individuo. Así, el sujeto manifestaba actividad cerebral antes de que, por ejemplo, el dedo del individuo pulsara, efectivamente, un interruptor para realizar una determinada acción. Así, se concluyó que la actividad neuronal precede unas décimas de segundo a la acción humana. Concretamente, según los investigadores del equipo de LIBET, la actividad cerebral determinante de la acción humana consciente se producía entre 300 y 500 milisegundos antes de que el movimiento del sujeto se produjera en el mundo físico. Por su parte, KORNHUBER concretaba el dato para afirmar que el adelanto de la actividad neuronal sería, concretamente, de 0,8 segundos (4) . Las cuestiones, consecuencias y aplicaciones prácticas que pueden extraerse del experimento son de distinta clase y naturaleza, pero la que mayor trascendencia ha tenido es la que se ha formulado desde el punto de vista de la propia neurociencia y la filosofía que afecta, indirectamente, a la ciencia del derecho. Así, los resultados ofrecidos por el experimento de LIBET han conducido a los neurocientíficos, LIBET era un fisiólogo, y algún que otro filósofo y jurista a considerar que existe un potencial de disposición que es previo a la acción humana y que la predetermina. De ese modo puede decirse que la acción humana no sería libre, puesto que antes de producirse el acto este ya se habría decidido mentalmente en nuestro cerebro que es uno integrando todo lo que es y se puede predicar del ser humano.

Consecuencia del citado experimento en el ámbito del proceso son estudios neurocientíficos de toda clase en los que se intenta acreditar la inimputabilidad del acusado atendiendo a los resultados que ofrece el escáner cerebral que ofrece un diagnóstico por la imagen de las estructuras cerebrales, siendo el medio adecuado de diagnóstico de tumores cerebrales. En el caso analizado en la sentencia al parecer el dictamen ofrecería unos resultados cuya interpretación conducían al psiquiatra y al psicólogo que los analizaron a concluir que el acusado no era imputable. Pues bien, ninguna clase de evidencia científica hay respecto a la conclusión obtenida. Concretamente, respecto a la obtención de imágenes y específicamente de señales cerebrales los equipos modernos pueden captar un buen número de ellas. Ahora bien, el problema consiste en la imposibilidad de determinar con un mínimo grado de fiabilidad cómo afecta al entendimiento determinada estructura cerebral, cual es el origen o fuente de la actividad eléctrica dentro del cerebro y mucho menos que significado o finalidad tiene la actividad cerebral detectada. Así se pronuncian GREELY H.T. y WAGNER A.D. que consideran que el análisis cerebral con EGG no puede determinar el origen de la actividad cerebral ya que lo que mide el aparato en la actividad de los miles de millones de neuronas trabajando al mismo tiempo (5) . De modo que si bien la medición mediante EEG ofrece datos de actividad cerebral no es posible determinar cuál es su origen o fuente en el cerebro humano y mucho menos si asociar la actividad eléctrica en determinadas zonas cerebrales a determinadas tareas, funciones, sentimientos o cualquier otra clase de actividad humana.

En segundo lugar, un pariente muy cercano a la anterior mal llamada prueba neurocientífica es la llamada prueba «P300 Paradigma Odd ball», que es una prueba neurológica de evocación cognitiva que pretende ofrecer una conclusión científica respecto a la existencia de recuerdos de los sometidos a la prueba con relación a determinado hecho. De ese modo se podría acreditar, por ejemplo, que un testigo o el investigado o acusado tuvieron conocimiento o contacto con unos determinados hechos. A ese fin, la denominada «prueba neurológica de evocación cognitiva» o «P300 Paradigma Odd Ball» se sirve de un procedimiento en el que se utiliza la electroencefalografía (EEG) para captar señales eléctricas originadas en el cerebro y que aparecerían como respuesta a una estimulación externa que suele ser sensorial como un sonido, una imagen o también una pregunta. Esta es una prueba que ya se ha utilizado en algunos procedimientos judiciales como el tristemente conocido caso de Marta del Castillo o el denominado crimen de Ricla (véase el ATSJ Aragón de 21 de julio de 2015, n.º de recurso 6/2015). Pues bien ¿Qué dice la ciencia sobre esa clase de técnica? No los juristas, sino la ciencia. Veamos, y créame que no soy exhaustivo. En primer lugar, tenemos el estudio de MEIXNER y ROSENFELD. En este estudio se utilizó la citada prueba P300 como medio para detectar a unos terroristas, fingidos, que habrían realizado un plan para atentar en una ciudad de Estados Unidos (6). El procedimiento seguido era complejo, los sujetos de experimentación no eran en realidad terroristas, sino 29 estudiantes de la Universidad de Northwestern. Tras una serie de pruebas de interrogatorio y de análisis de los datos obtenidos mediante electrodos, que supuestamente ofrecían datos de evocación cognitiva, los autores afirmaron haber detectado a los 12 estudiantes que participaban fingiendo ser terroristas. Estos participantes tenían información específica respecto a los lugares donde presuntamente irían a atentar. En sus conclusiones, los autores señalaron, sintéticamente que el experimento sugería que el protocolo seguido, que implicaba una serie de técnicas combinadas (interrogatorios, preguntas de control y pruebas de electroencefalografía), podía potencialmente identificar futuros terroristas. Y digo sugería porque es estrictamente la conclusión a la que llegaron, sin afirmar en ningún caso la fiabilidad de la técnica (7). De una forma más concreta ROSENFELD había señalado en un estudio anterior de 2004 que **la eficacia del test electroencefalográfico, concretamente el estudio de la onda P300, para detectar si un sujeto ocultaba información variaba desde el 92 % al 58 %**. Las diferencias se producían según se atendiera al rol que jugaban los distintos grupos de individuos examinados. Es decir, según se tratase del grupo de control, o del grupo que mentía, o del que decía la verdad (8). Por su parte en 2008 MERTENS. R.; ALLEN, J. J., publicaron otro estudio en el que se replicaba el de 2004 de ROSENFELD y en el que se concluía que **la tasa de acierto que podía otorgarse a esa clase de prueba era del 47 % lo cual significa que estaría por debajo de una decisión tomada al azar sobre quién miente o quien dice la verdad (9)**.

En tercer y último lugar otro «pariente cercano» de estas pruebas neurocientíficas son las técnicas de comunicación gestual que pretenden utilizar el análisis de las reacciones físicas corporales de las personas, preferentemente las de la cara, como un medio para acreditar la veracidad de la declaración de los que comparecen en un proceso. Ya se trate de un testigo o de una parte en el proceso ¿Qué dice la ciencia sobre ello? Pues bien, podemos citar, entre muchos otros autores y estudios al respecto, los de PORTER (10) y MATSUMOTO (11) que han concluido considerando que **no existen suficiente evidencia ni procedimiento que permita asociar determinados gestos con el**

hecho de que se esté mintiendo o diciendo la verdad. En este sentido, un informe de 2007 de la TSA de los Estados Unidos de América en el marco del programa SPOT (Screening of Passengers by Observation Techniques) concluyó señalando que: «... *people (including professional lie-catchers with extensive experience of assessing veracity) would achieve similar hit rates if they flipped a coin*» (la gente incluyendo los expertos entrenados con experiencia en evaluación de la credibilidad conseguirían similares tasas de éxito (con esas técnicas) que las que conseguirían simplemente echando una moneda al aire) (12) . En el mismo sentido, BOND y UYSAL en un estudio de 2007 concluyeron que los experimentos realizados revelan que el acierto en la detección de la mentira que EKMAN y otros como O» SULLIVAN M. atribuyen a las técnicas empleadas de estudio de los micro gestos son explicables sencillamente por la suerte (13) . Finalmente, cabe destacar los exhaustivos estudios realizados en el marco del proyecto denominado «*Catch a Liar: an Interdisciplinary Perspective*» (14) . En el marco de este proyecto se publicó recientemente el estudio de MATSUMOTO y HWANG en el que constatan la existencia de micro expresiones, pero se pone de manifestó la dificultad de obtener resultados científicos válidos que puedan fundamentar una técnica o procedimiento aplicable con carácter general (15) . Este es también el criterio adoptado por un buen número de científicos internacionales que en un artículo publicado en 2020 y titulado: «*Análisis de la comunicación no verbal: los peligros de la pseudociencia en entornos de seguridad y justicia*» procedieron a examinar el programa SPOT de evaluación de pasajeros mediante técnicas de observación para concluir que tales técnicas no tenían refrendo científico. Más aún las sitúan en el campo de las técnicas pseudocientíficas (16) .

3.3. Que usos, enseñanzas y estrategias podemos extraer de la sentencia analizada

Resulta evidente que los juristas no podemos quedar al margen de la evolución científica y social que se está produciendo en el mundo y a ese fin no cabe duda que se deben incorporar al proceso todas aquellas técnicas y procedimientos que nos permitan obtener soluciones justas que resuelvan los conflictos en el marco de nuestro sistema garantista de derecho. Esta es la parte positiva de la argumentación del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 5 de mayo de 2020 aquí analizada. Ahora bien, es obligación el jurista, sea cual sea la posición que ocupe, estar vigilantes ante la introducción de técnicas con apariencia científica que en realidad no lo son. Concretamente respecto a las denominadas pruebas neurocientíficas considero que hay que estar atentos y negar el acceso al proceso (o al menos negar validez) a aquellas técnicas pseudocientíficas que pretenden ofrecer soluciones certeras y acreditar hechos en el proceso sin la debida validez científica. A ese fin, y con el fin de poder llevar a cabo un correcto examen de cientificidad de la prueba pericial considero que debe procederse de acuerdo con cuatro criterios básicos: 1º En el informe pericial, además de las cuestiones formales exigidas en la Ley, debiera darse cuenta suficiente del estado de la ciencia en la materia, los estudios a favor y en contra que existan respecto a la ciencia o técnica aplicadas en la pericia y las conclusiones obtenidas atendiendo a la probabilidad o razón de verosimilitud de las mismas. 2º Con la pericial infundada debería ocurrir como con la prueba ilícita que su impugnación debería producirse, preferentemente, antes de la práctica de la prueba con la finalidad de poder apartar cualquier pericia que no cumpla los estándares debidos de cientificidad. A ese fin las partes en el proceso deberían actuar diligente y activamente para impugnar cualquier informe pericial que consideren infundado. 3º Se debería potenciar la posibilidad que el Juez pudiera solicitar a la

Institución, Colegio profesional o Academia de ciencias informe sobre el estado de la ciencia en cada supuesto, así como del cumplimiento previo por parte del informe de los requisitos de validez de la ciencia o la técnica empleados. Este punto lo considero del máximo interés. No se acaba de entender que el juzgado se dirija al colegio de abogados con relación a la tasación de las costas (porque es una materia propia del colegio profesional), pero no se haga respecto a la científicidad de una prueba pericial. Aunque, es cierto que, el menos en el proceso penal, nada impide al Juez pedir a alguna institución o colegio profesional dictamen pericial sobre cualquier aspecto de la causa. Pero no se trata de un proceder ordinario. 4º Resulta necesario reforzar el acto de defensa del dictamen por el perito en el acto del juicio a fin de favorecer el entendimiento del dictamen y la contradicción de las conclusiones tanto con los abogados como con otros peritos intervinientes en la causa.

-
- (1) RICHARD GONZÁLEZ M., reglas para la investigación forense y aportación como prueba al proceso de correos y mensajes electrónicos del trabajador (comentario a la STS, sala cuarta de lo social, nº 119/2018 de 8 feb. 2018, la ley 4068/2018). Diario la Ley nº 9323. 2018.
- [Ver Texto](#)
- (2) Ver sobre estas cuestiones MUÑOZ SABATÉ, LLUIS, Suma de probática civil, Madrid 2018, ed. La Ley, págs. 753-755.
- [Ver Texto](#)
- (3) Estas consideraciones que hago aquí pueden ser ampliadas o ser contrastadas en A.A.V.V., Análisis de la comunicación no verbal: los peligros de la pseudociencia en entornos de seguridad y justicia. Anuario de Psicología Jurídica, Vol. 30, pp. 1-12, 2020. (<https://journals.copmadrid.org/apj/art/apj2019a9>); A.A.V.V. (TARUFFO M., NIEVA J. Direct.), Neurociencia y Proceso Judicial, Marcial Pons 2013; A.A.V.V., Strengthening forensic science in the United States: a path forward. The national academy press, Washington, 2009; RICHARD GONZÁLEZ M, Admisibilidad, eficacia y valoración de las pruebas neurológicas en el proceso penal. IURIS nº 206, enero de 2014; RICHARD GONZÁLEZ M, La prueba de la culpabilidad atendiendo al nuevo paradigma propuesto por la neurociencia, en Neurociencia, Neuroética y bioética», Universidad Pontificia de Comillas, colección Dilemas Éticos de la Medicina actual nº 27, Madrid 2014; Pags. 99 a 133.
- [Ver Texto](#)
- (4) B. LIBET, Unconscious cerebral initiative and the role of conscious Hill in voluntary action, The Behavioral and Brain Sciences, núm. 8, 1985. Véanse también sobre estas cuestiones: B. FEIJOO SÁNCHEZ, Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa? Indret nº 2 de 2011. F. RUBIA, El cerebro: Avances recientes en neurociencia, Madrid. F. RUBIA, El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica, Barcelona 2009.
- [Ver Texto](#)
- (5) «*On the other hand, in comparison to fMRI, EEG and MEG are poor at determining the location of the*

sources of the currents (the spatial resolution). The EEG/MEG signal is a summation of the activity of thousands to millions of neurons at any one time. Any one pattern of EEG or MEG signal at the scalp has an infinite number of possible source patterns, making the problem of determining the brain source of measured EEG/MEG signal particularly challenging and the results less precise» . Véase H.T. GREELY y A.D. WAGNER en Reference Manual on Scientific Evidence, Third Edition, Federal Judicial Center, National Academic Press, Washington D.C. 2011. pág. 772. Este volumen puede obtenerse en formato PDF en la siguiente dirección: <http://goo.gl/93v4D>.

Ver Texto

- (6) MIXNER, J. B.; ROSENFELD, J. P., «A mock terrorism application of the P300-based concealed information test», *Psychophysiology*, 22 junio 2010, págs. 149-154.
<https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2013.00068/full>

Ver Texto

- (7) «*We were able to identify 10/12 subjects and among them 20/30 crime-related details with no false positives using restricted a priori knowledge of the crime details, suggesting that the protocol could potentially identify future terrorist activity*» MIXNER, J. B.; ROSENFELD, J. P. , «A mock terrorism application of the P300-based concealed information test», ob. Cit., pág. 153-154.

Ver Texto

- (8) ROSENFELD, J. P., et al, «Simple, effective countermeasures to P300-based tests of detection of concealed information», *Psychophysiology*, vol. 41, 2004.
<http://groups.psych.northwestern.edu/rosenfeld/NewFiles/CMPAPER1.pdf>

Ver Texto

- (9) Conforme a las conclusiones del estudio: «*Few data are available to address whether the use of ERP-based deception detection alternatives have sufficient validity for applied use. The present study was designed to replicate and extend J. P. Rosenfeld, M. Soskins, G. Bosh, and A. Ryan's (2004) study by utilizing a virtual reality crime scenario to determine whether ERP-based procedures, including brain fingerprinting, can be rendered less effective by participant manipulation by employing a virtual reality crime scenario and multiple countermeasures. Bayesian and bootstrapping analytic approaches were used to classify individuals as guilty or innocent. Guilty subjects were detected significantly less frequently compared to previous studies; countermeasures further reduced the overall hit rates. Innocent participants remained protected from being falsely accused. Reaction times did not prove suitable for accurate classification. Results suggested that guilty verdicts from ERP-based deception detection approaches are likely to be accurate, but that innocent (or indeterminate) verdicts yield no useful interpretation in an applied setting*». MERTENS. R.; ALLEN, J. J., «The role of psychophysiology in forensic assessments: Deception detection, ERPs, and virtual reality mock crime scenarios», *Psychophysiology*, vol. 45, 2008, p. 286-298.
<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1469-8986.2007.00615.x>

Ver Texto

- (10) PORTER S., *Secrets and Lies: Involuntary Leakage in Deceptive Facial Expressions as a Function of Emotional Intensity*, *J Nonverbal Behav* (2012) 36:23-37. Puede consultarse en la siguiente dirección

Web:

https://www.researchgate.net/publication/225560724_Secrets_and_Lies_Involuntary_Leakage_in_Deceptive_Facial_Expressions_as_a_Function_of_Emotional_Intensity

Ver Texto

- (11) MATSUMOTO, D., y HWANG, H. C., «Microexpressions differentiate truths from lies about future malicious intent», *Frontiers in Psychology*, nº 2545, diciembre 2018, vol. 9.
<https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2018.02545/full>

Ver Texto

- (12) COUNTERMEASURES ASSESSMENT AND SECURITY EXPERTS, LLC, WAITE & ASSOCIATES, NAKANISHI RESEARCH AND CONSULTING, LLC, Screening of Passengers by Observation Techniques. National Academy Press, Washington, 2007, <https://www.nap.edu/download/23150>

Ver Texto

- (13) BOND, C. F., JR., & UYSAL, A., On lie detection «Wizards.» *Law and Human Behavior*, 31(1), 109-115.
<https://doi.org/10.1007/s10979-006-9016-1>, 2007.

Ver Texto

- (14) «Catch a Liar: an Interdisciplinary Perspective» que se compone de ocho artículos todos relativos a la cuestión sugerida por el título. Todos son accesible on line de forma gratuita en:

<https://www.frontiersin.org/research-topics/7412/catch-a-liar-an-interdisciplinary-perspective#articles>

Ver Texto

- (15) MATSUMOTO, D., y HWANG, H. C., «Microexpressions differentiate truths from lies about future malicious intent» ob. Cit.

Ver Texto

- (16) A.A.V.V., Análisis de la comunicación no verbal: los peligros de la pseudociencia en entornos de seguridad y justicia. *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 30, pp. 1-12, 2020.
<https://journals.copmadrid.org/apj/art/apj2019a9>

Ver Texto

Valor probatorio de los correos electrónicos en la jurisdicción civil

Luis Rodríguez Pitarque
Abogado

Resumen: Ante la impugnación de un correo electrónico impreso en papel, la parte que lo haya presentado podrá pedir prueba pericial informática para acreditar la autenticidad y efectivo envío y/o recepción del mismo, aunque ello no es óbice para que a falta de dicha pericia pueda valorarse conforme a las reglas de la sana crítica. Y ello sin perjuicio de su mayor valor probatorio en caso aportarse como documento electrónico cuando esté firmado digitalmente.

Eduardo J. Couture, unos de los juristas procesalistas más reputados del siglo XX, nos decía en sus tan memorables mandamientos que *«el derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado»*.

Efectivamente el derecho debe, necesariamente, adaptarse no sólo a los avances sociales, científicos y culturales sino también a los progresos tecnológicos, máxime en un mundo cada vez más globalizado en el que imperan las nuevas tecnologías y en el que internet y el uso del correo electrónico se ha demostrado como el sistema de comunicación más empleado tanto a nivel particular como profesional. Lo cierto es que desde que en el año 1971 el ingeniero americano Raymond Samuel Tomlinson lograra, casi por casualidad, el envío del primer *e-mail* de la historia, el correo electrónico ha resultado una herramienta fundamental e imprescindible en nuestros quehaceres diarios. Hoy en día se envían y reciben más de 2.630 millones de correos electrónicos diarios, en detrimento claro está del correo postal, que prácticamente ha desaparecido.

Ese uso tan extendido conlleva, cada vez con mayor frecuencia, que en los procedimientos judiciales se aporten correos electrónicos como prueba documental, habitualmente en soporte papel.

Conviene en primer lugar partir de la premisa de que los correos electrónicos deben considerarse como documentos privados conforme a lo dispuesto en el artículo 324 de la LEC. En cuanto a la aportación, el artículo 268.2 de la LEC permite su incorporación al proceso en soporte papel cuando la parte no disponga del soporte digital, a reserva de la impugnación de la contraparte o de la acreditación de la autenticidad del documento.

El momento procesal oportuno para su aportación será junto con la demanda o con la contestación (art. 265.1.2ª) salvo que concurra alguna de las circunstancias excepcionales que contemplan los artículos 265.3 o 270 de la LEC.

Por otro lado, el artículo 3.5 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, se refiere al documento electrónico como *«la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado»*.

En los supuestos, que serán la mayoría, de correos electrónicos no firmados electrónicamente, es decir, aquellos que se han aportado en soporte papel, el artículo 326 de la LEC reconoce fuerza probatoria a los documentos privados —principio de prueba plena en el proceso—, **siempre que su autenticidad no haya sido impugnada por la parte a quien perjudique**. Así pues, si el correo electrónico no se impugna de contrario tendrá pleno valor probatorio.

Si la parte adversa impugna dicho medio probatorio, la jurisprudencia interpreta el artículo 268 y las reglas generales de autenticación y valoración de documentos privados de los artículos 324 y ss. de la LEC en el sentido de considerar aplicables las **reglas de la sana crítica** cuando ni la parte que ha aportado el documento lo adviera mediante prueba pericial ni la parte que lo ha impugnado propone la práctica de idéntica prueba pericial.

Obviamente la impugnación, que pudo anticiparse en la contestación a la demanda, necesariamente deberá verificarse en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal. Y ante dicha impugnación, la parte que haya presentado ese correo podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 326.2, *«pedir el cotejo pericial de letras o promover cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto»*. Y es aquí donde adquiere especial relevancia la **prueba pericial informática** en orden a acreditar la autenticidad y efectivo envío y/o recepción de un correo electrónico impreso en papel.

En el juicio ordinario la parte actora podrá aportar dicha prueba en el seno de la audiencia previa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 265.3 de la LEC o proponer su práctica para su aportación y traslado a la parte contraria con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio de acuerdo con lo que dispone el artículo 338 de la LEC. En el juicio verbal y al caracterizarse éste por la concentración de trámites y unidad de acto, lo recomendable será que la parte actora aporte la prueba pericial con al menos cinco días de antelación a la celebración de la vista de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 338 de la LEC.

No obstante, y como ya hemos anticipado, la falta de ese informe pericial no conlleva inexorablemente que ese documento privado impugnado pierda su eficacia y valor probatorio, así resulta de lo que dispone el artículo 326.2 de la LEC y de la jurisprudencia que lo interpreta. Véase, en ese sentido, la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª, de 17 de abril de 2020, núm. 178/2020, rec. 220/2019, que a su vez recoge la doctrina que emana de la sentencia de la AP de Las Palmas de 7 de mayo de 2018 y de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 15 de julio 2011, que indica: *«(...)...para que un documento privado no sea idóneo para constituir medio de prueba es preciso que sea inauténtico, es decir, no provenga de su autor, de modo que no haya coincidencia entre el autor aparente y el autor real. Cuando un documento privado sea impugnado por la parte contraria a quien lo presentó, que lo estima perjudicial a sus intereses, a la parte que lo aportó al proceso le incumbe la carga de probar la autenticidad, lo que no obsta a que la otra parte pueda también intentar acreditar la*

inautenticidad. Si se demuestra la falta de autenticidad el documento carece de eficacia probatoria y si se acredita que es auténtico es plenamente idóneo para probar "per se". Cuando no se pudiere deducir la autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, esto es, no consta que sea auténtico, pero tampoco inauténtico, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica. Para acreditar la autenticidad puede utilizarse cualquier medio de prueba e incluso presunciones, en cuyo caso, la naturaleza de la prueba es la propia del medio empleado y no la del documento objeto de prueba».

En virtud de esta doctrina podemos afirmar sin titubeos que aunque la parte no haya propuesto una prueba pericial tendente a acreditar la autenticidad de ese correo electrónico, ello no es óbice para que pueda valorarse conforme a las reglas de la sana crítica atendiendo a criterios de racionalidad y lógica según lo establecido en el artículo 326 de la LEC, pudiendo el juzgador otorgarle relevancia de acuerdo con el restante acervo probatorio y en particular con aquellos otros elementos de prueba susceptibles de ser valorados conjuntamente con aquél.

En otro orden de cosas, cuando el correo electrónico se ha aportado como **documento electrónico** con firma avanzada o reconocida de acuerdo con lo que establece el artículo 3.5 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, conviene señalar que en caso de impugnación (o cuando lo solicite la parte a quien interesa la eficacia de dicho documento) el artículo 326.3 de la LEC nos remite a lo dispuesto en el artículo 3 de la LFE, cuyo apartado 8º indica que *«si se impugnar la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica (...)»*.

En definitiva, pues, el artículo 3.8 de la LFE se refiere a las comprobaciones tendentes a constatar que estamos ante una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos legalmente para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica.

La carga de realizar las citadas comprobaciones corresponderá, a tenor del precepto, a quien haya presentado el documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida y en el supuesto que esas comprobaciones arrojen un resultado positivo, se presumirá la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se haya firmado el documento y se impondrán las costas, gastos y derechos que haya originado tal comprobación a quién hubiese formulado la impugnación.

Hoy en día existen alternativas para garantizar que el correo electrónico sea aceptado como prueba y que disuadan a la parte contraria de una eventual impugnación. Me estoy refiriendo a los **correos electrónicos firmados digitalmente**. El sistema de envío de *e-mails* certificados se basa en que un tercero distinto al emisor y al receptor certifica el envío, el contenido, los archivos adjuntos y la entrega al destinatario. El intermediario emite un informe acreditativo de dichos extremos que podremos aportar, junto con la copia del correo, en orden a demostrar la autenticidad del correo y su contenido. Y si bien la parte contraria podrá igualmente impugnar la autenticidad de ese correo, ello le obligará a presentar una prueba pericial tendente a refutar dicho certificado digital.

Si no hemos utilizado el sistema de certificación de firma digital y cuando el correo electrónico sea especialmente relevante para nuestras pretensiones —por ejemplo, para acreditar la interrupción de una prescripción— o en aquellos supuestos en los que la parte contraria ya nos ha anticipado que no lo reconoce como válido, lo recomendable será presentar el correo en papel y a su vez en versión electrónica certificada por un perito informático. Menos eficaz, sin duda, será la presentación en juicio de un acta notarial en la que se han protocolizado las comunicaciones electrónicas visualizadas o impresas, o el acta de presencia notarial en la que el Notario a través de su propio equipo informático constata el envío o recepción de unos correos. A través de este sistema podremos acreditar la existencia de unos correos en la bandeja de entrada o salida, poco más. No constituirá prueba plena sobre la autenticidad e integridad del mensaje, sobre la dirección IP del emisor o receptor o simplemente sobre si el correo ha sido o no manipulado.