



PROBATICIUS

DERECHO PROCESAL
Y DERECHO PROBATORIO

Retos de la prueba en el proceso actual

Gianluca Borgia
Sílvia Pereira Puigvert
Directores

Jacopo Della Torre
Jordi Gimeno Beviá
Coordinadores

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO

III ARANZADI

© Gianluca Borgia y Silvia Pereira Puigvert (dirs.) y otros, 2024
© Editorial Aranzadi, S.A.U.

Editorial Aranzadi, S.A.U.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es
<https://www.aranzadilaley.es>

Primera edición: 2024

Depósito Legal: M-26335-2024
ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-1162-029-1
ISBN versión electrónica: 978-84-1162-028-4

Diseño, Preimpresión e Impresión: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Printed in Spain

© **Editorial Aranzadi, S.A.U.** 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, Editorial Aranzadi, S.A.U., 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 asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

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.

EDITORIAL ARANZADI no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, EDITORIAL ARANZADI se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

EDITORIAL ARANZADI queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

EDITORIAL ARANZADI se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Editorial Aranzadi, S.A.U.**, 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.

Índice General

	<i>Página</i>
PRÓLOGO DEL PROF. MITJA GIALUZ.....	31
PRÓLOGO DEL PROF. FEDERICO BUENO DE MATA	33
PRESENTACIÓN.....	37

RETOS PROBATORIOS VINCULADOS AL PROCESO PENAL

A) ENTRE LA TRADICIÓN DEL PROCESO ...

1

LA PRUEBA ILÍCITA: EL EFECTO DISUASORIO EN USA Y LA NECESIDAD GENERAL DE PREVENCIÓN EN ESPAÑA. DIACRONÍAS Y CONVERGENCIAS

TERESA ARMENTA DEU	49
I. Introducción	50
II. Prueba ilícita y regla de exclusión en USA	52
1. <i>Primera etapa. Inicio y culminación de la regla de exclusión (Casos Weeks y Mapp)</i>	53
2. <i>Segunda etapa: el largo declive (progresiva desconstitucionalización y efecto disuasorio) (años 70, Nixon). El rechazo y posterior olvido de la regla de exclusión.</i>	54

III. La prueba ilícita en España, la persistente ausencia de regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las oscilaciones de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo	58
1. <i>La inexistencia de una regulación, o ahora de una regulación adecuada, siendo la de la LEC la única hasta la fecha</i>	58
2. <i>Las oscilaciones de la jurisprudencia española.</i>	58
IV. Algunas reflexiones en torno a la finalidad de la regla de exclusión (prueba ilícita). La sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2019 y el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal	71
V. Resumen conclusivo provisional.	75

2

MALE CAPTUM, MALE RETENTUM (TAMBIÉN PARA EUROPA): LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES FINANCIEROS DE LA UNIÓN ANTE EL RÉGIMEN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LOS ESTADOS MIEMBROS

ANTONIO MARTÍNEZ SANTOS	79
I. Introducción: los derechos y las garantías nacionales ante la recaudación eficaz de los recursos propios de la Unión Europea	80
II. Pruebas ilícitamente obtenidas e impunidad de delitos contra los intereses financieros de la Unión. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto <i>Dzivev</i>	87
1. <i>¿Se opondrá el Derecho europeo a que se excluyan pruebas inculpativas en un proceso penal por fraude del IVA?</i>	87
2. <i>Las conclusiones del Abogado General en el asunto Dzivev</i>	89
3. <i>La posición del Tribunal de Justicia: compatibilidad (relativa) de las disposiciones internas en materia de prueba ilícita con las obligaciones derivadas del artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea</i>	96
III. Conclusión	100

3

EL CONTROL PASIVO E INDIRECTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO EXTRADICIONAL: LA FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO INDAGACIÓN	
JAVIER IGNACIO ZARAGOZA TEJADA	103
I. El principio de no indagación en el proceso extradicional. Derecho comparado	104
II. El principio de no indagación en el derecho español y sus límites. La protección <i>ad extra</i> y el control pasivo o indirecto de los derechos fundamentales	107
1. <i>Riesgo de torturas y tratos inhumanos o degradantes contrarios al art. 15 CE y al art. 3 CEDH</i>	112
2. <i>Riesgo de condenas de muerte y penas indefectiblemente de por vida</i>	114
2.1. Riesgo de imposición de penas de muerte	114
2.2. Riesgo de imposición de condenas de duración perpetua	115
2.3. Garantías prestadas por el Estado requirente	119
3. <i>Proceso con todas las garantías y juicio celebrado en ausencia</i>	120
4. <i>Proceso con todas las garantías y control judicial de la decisión de solicitar la extradición en el Estado requirente</i>	125
III. Límites al control pasivo o indirecto de los derechos fundamentales: el retorno al principio de no indagación	130
Bibliografía	135

4

EL FEMINICIDIO Y LOS PERITAJES SOCIALES	
NIMROD MIHAEL CHAMPO SÁNCHEZ, LIDIA INÉS SERRANO SÁNCHEZ	137
I. Instrumentos internacionales	137

II.	La convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (convención de Belém Do Pará)	138
III.	La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).....	141
IV.	Sentencia Escué Zapata vs. Colombia de 4 de julio de 2007	143
V.	Sentencia González y otras vs. México («campo algodone-ro»).....	145
VI.	Los peritajes sociales en el tipo penal de feminicidio.	152
VII.	Peritaje antropológico o cultural.....	154
VIII.	Peritaje psicosocial.....	155
IX.	El peritaje sociocultural.....	155
	Bibliografía	157

5

LA PRUEBA DE LA HABITUALIDAD

	VIRGINIA RAMOS FEBRER.....	159
I.	El delito de maltrato habitual	159
II.	La declaración de la víctima	162
III.	Las testificales	169
IV.	Los testigos de referencia	170
V.	La prueba documental.....	171
VI.	Las pruebas periciales	173
VII.	El interrogatorio del acusado	176
VIII.	La prueba indiciaria	178
IX.	In dubio pro reo	178
X.	Conclusiones	180
	Bibliografía	183

6

LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN LAS DECLARACIONES DE MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES	
SILVIA BADIOLA COCA.....	185
I. Introducción	185
II. La prueba preconstituida de la víctima menor en el proceso penal español	189
1. <i>Premisas de partida: el menor como víctima</i>	189
2. <i>Aspectos generales de la prueba en el sistema procesal penal español</i>	191
3. <i>La declaración preconstituida de la víctima de delitos sexuales menor de edad</i>	193
3.1. <i>Requisitos necesarios para la preconstitución de la prueba</i>	195
III. De la cámara Gesell al método Barnahus: ¿podemos evitar la victimización secundaria de los menores?	199
1. <i>La Cámara Gesell</i>	199
2. <i>El método Barnahus</i>	201
IV. Conclusiones	205
Bibliografía	206

7

LA PRUEBA EN LOS DELITOS DE ODIOS POR DISCRIMINACIÓN DE LA ETNIA GITANA	
MERCEDES BARRAGÁN LÓPEZ	211
I. Introducción	211
II. Los delitos de odio	212
1. <i>Aspectos generales</i>	212
2. <i>Especial mención al antigitanismo</i>	214

	<i>Página</i>
III. La prueba en los delitos de odio: especial mención a la prueba indiciaria.	216
1. <i>La prueba indiciaria como prueba indirecta válida</i>	217
2. <i>La prueba indiciaria y la presunción de inocencia</i>	218
IV. Las emociones en el Derecho penal	221
V. Conclusiones	227
Bibliografía	227

8

EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA PENALE E STANDARD DI PROVA

JACOPO DELLA TORRE	231
I. Introduzione	231
II. La relazione controversa tra «efficienza» e giustizia penale	234
III. Gli <i>standard</i> di prova nel procedimento penale: profili ricostruttivi e definitivi	236
IV. Il rapporto tra efficienza della giustizia e <i>standard</i> di decisione	240
1. <i>Il legame tra standard di prova e distribuzione del rischio di errori giudiziari</i>	241
2. <i>L'importanza degli standard di prova per il giudice e per le parti</i>	244
V. Gli «<i>standard propulsivi</i>»: questi per troppo tempo sottovalutati	246
1. <i>Il background</i>	247
2. <i>I contenuti della riforma</i>	249
VI. Conclusioni	257

9

¿ES POSIBLE UNA ECONOMÍA PROBATORIA? PUNTOS CRÍTICOS EN TORNO A LA EFICIENCIA EN LA OBTENCIÓN E INTEGRACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO EN EL PROCESO

NÚRIA BORRÀS ANDRÉS.	259
I. Eficiencia y calidad del fenómeno probatorio	259
II. Aspectos conflictivos en la integración del material probatorio	262
1. <i>La decisión sobre la admisión y rechazo de los medios probatorios</i>	262
1.1. Pertinencia y relevancia de los medios probatorios	262
2. <i>La problemática de la prueba ilícita</i>	267
2.1. La fiabilidad epistémica de la prueba ilícita	269
2.2. El potencial de permanencia de la información en el proceso	270
3. <i>La integración de las diligencias de investigación en la actividad probatoria</i>	271
3.1. Ambigüedad e inconsistencias jurisprudenciales ..	271
3.2. La complicada escisión entre fase previa y juicio oral	274
3.3. Tendencias para la agilización: el ahorro de la fase probatoria	276
III. Posibilidades para la eficiencia del engranaje probatorio ..	278
1. <i>Revalorizar la fase de admisión probatoria</i>	278
2. <i>Formación en investigación criminal y epistemología</i>	280
3. <i>El análisis de pertinencia en las fases previas del proceso</i>	282
IV. Conclusiones	284
Bibliografía	285

10

EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL JUICIO DE APELACIÓN: CUESTIONES CRÍTICAS Y PERSPECTIVAS FUTURAS	
LORENZO AGOSTINO	287
I. Anulación de la sentencia absolutoria: las soluciones adoptadas por los sistemas italiano y español para ajustarse a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	287
II. Replantear la estructura del juicio de apelación italiano: sugerencias desde la experiencia española	292
III. El uso de grabaciones de vídeo en apelación	294
Bibliografía	297

11

EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL POR ERROR EN LA VALORACIÓN DE DOCUMENTOS (ART. 849.2 LECRIM). CONTENIDO, APLICACIÓN Y RAZONES PARA SU ELIMINACIÓN EN ARAS DE CONSEGUIR UN RECURSO OBJETIVADO	
GABRIEL CARO HERRERO	303
I. Introducción	303
II. Elementos troncales	304
1. <i>Contenido esencial</i>	305
2. <i>Condiciones particulares del documento</i>	309
3. <i>El tratamiento particular de los informes periciales</i>	312
4. <i>Algunas precisiones formales</i>	315
III. Excepción para tener en cuenta: su uso desde las partes acusadoras	316
IV. Razón de utilidad en nuestro sistema casacional	319
1. <i>La interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3. CE)</i>	319
2. <i>La simple tutela del interés subjetivo</i>	321

16

	<i>Página</i>
V. Perspectiva de futuro: un cambio hacia la objetivación	324
VI. Corolario	328
Bibliografía	329
12	
ACCESO Y VALORACIÓN DE MATERIAL FORMADO POR COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL	
BRIAN BUCHHALTER MONTERO	333
I. Introducción: la complicada relación entre investigación parlamentaria y actividad judicial	333
II. Flujo de información del Parlamento al proceso	334
1. <i>Información parlamentaria: no se trata de prueba preconstituida</i>	334
2. <i>Acceso de la información parlamentaria al proceso</i>	337
2.1. Al procedimiento preliminar	338
2.2. A la fase intermedia	341
2.3. Fase de juicio oral	342
2.4. En impugnación	344
III. Valoración de la información en el proceso	347
1. <i>Presupuesto de la valoración</i>	348
2. <i>Valoración en concreto</i>	348
2.1. Escasas garantías en la investigación parlamentaria	348
2.2. Distinto material probatorio	349
2.3. Valoración de información obtenida con lesión de normas jurídicas	353
IV. A modo de conclusión	357
Bibliografía	357

13

LOS CONTRAINDICIOS, SUS DIFERENTES CATEGORÍAS Y LOS SUPUESTOS EN QUE PUEDEN CORROBORAR LA TESIS ACUSATORIA	
ABDALLA KHALAF REDA.....	361
I. Aproximación al concepto de contraindicio	361
II. El genérico empleo de los contraindicios como corroboración de la convicción de culpabilidad	365
III. Los contraindicios no convincentes según el estándar de valoración probatoria.....	369
IV. Los contraindicios falsos como elemento de refuerzo de la culpabilidad.....	374
V. Conclusiones	379
Bibliografía	380

B)

... Y LA INNOVACIÓN DEL PROCESO

14

DERECHO PROBATORIO, EVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y LÓGICA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL	
LUCA LUPÁRIA DONATI.....	385
I. Probabilidad y prueba	385
II. Ciencia estadística y garantía de la lógica de las decisiones	387
III. Inteligencia artificial, juez y libre convicción	388
IV. Corroboration rules e inteligencia artificial	389

15

ALGUNOS PROBLEMAS PROBATORIOS EN LA LUCHA ITALIANA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA: ACERCA DEL REGISTRO REMOTO, EL USO DE SEÑUELOS Y LAS INVESTIGACIONES ENCUBIERTAS

PILAR MARTÍN RÍOS	393
I. Consideraciones previas: justificación del estudio	393
II. El registro remoto y el <i>captatore informático</i>	395
III. Las operaciones encubiertas/ <i>sotto copertura</i>	402
IV. Los sitios web «señuelo»/ <i>siti civetta</i>	407
V. Conclusiones	410
Bibliografía	410

16

BIOMETRÍA, EVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y PROCESO PENAL: URGE UN CAMBIO DE RITMO EN NOMBRE DE LA PROPORCIONALIDAD

GIANLUCA BORGIA	415
I. Introducción	416
II. Un caso paradigmático: las tecnologías de reconocimiento facial automatizado	417
III. Perspectivas de ingreso en el proceso penal. El debate en Italia y España	419
IV. El mayor nivel de garantía ofrecido por el sistema europeo de protección de datos	423
V. Razones y perspectivas de un ulterior incremento del estándar de garantía	428
Bibliografía	433

17

PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA CONSERVACIÓN DE E-EVIDENCE

ELISABET CUETO SANTA EUGENIA	439
1. Concepto de prueba electrónica y su contexto	439
1.1. <i>La digitalización y el auge de la prueba electrónica transfronteriza.</i>	439
1.2. <i>Dificultades para conservar e-evidence</i>	441
2. Intentos de regulación al respecto	444
2.1 <i>Contexto europeo y normativa precedente</i>	444
2.2. <i>Regulación de la Unión Europea relativa a la producción y conservación de prueba electrónica</i>	447
2.3. <i>Proceso de implementación de la normativa</i>	451
3. Conclusiones	454
Bibliografía	455

18

A VUELTAS CON LA ILICITUD DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL

FRANCESC ORDÓÑEZ PONZ	459
I. Algunas consideraciones sobre la incorporación de las nuevas tecnologías al proceso judicial.	459
II. La prueba electrónica.	461
1. <i>Concepto y características de prueba electrónica</i>	461
2. <i>Un breve apunte sobre prueba electrónica y procedimiento penal.</i>	465
III. La ilicitud de la prueba electrónica en el marco del procedimiento penal por vulneración de derechos fundamentales.	466

	<i>Página</i>
1. <i>La Ilícitud probatoria</i>	466
2. <i>Posibles Derechos fundamentales vulnerados en la obtención de la prueba electrónica</i>	473
2.1. Derecho Fundamental a la intimidad personal y familiar, derecho al honor y derecho a la propia imagen, (18.1CE)	473
2.2. Derecho Fundamental a la Inviolabilidad del Domicilio	476
2.3. Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones	477
2.4. Derecho Fundamental a la Protección de Datos. . .	479
2.5. ¿Estamos ante un nuevo Derecho Fundamental?; El Derecho al entorno virtual	481
IV. A modo de conclusión	482
Bibliografía	484

RETOS PROBATORIOS VINCULADOS AL PROCESO CIVIL

A)

ASPECTOS PROBATORIOS EN EL PROCESO CIVIL

19

LA PRUEBA DE ADN EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

BELÉN ROMERO GARCÍA-ARANDA	491
I. Introducción	491
II. La prueba de ADN y su carácter irrefutable	493
III. La práctica de la prueba de ADN en el proceso civil.	494
IV. El consentimiento para la prueba de ADN en los procesos de determinación de la filiación	501

V.	Negativa injustificada a la práctica de la prueba de ADN en el proceso de determinación de filiación	506
VI.	Conclusiones	509
	Bibliografía	511

20

**¿ES POSIBLE VALORAR LA PRUEBA TESTIMONIAL?
ALGUNAS ESTRATEGIAS PARA LOGRARLO**

	MARÍA DE LOS ÁNGELES GONZÁLEZ COULON	513
I.	Introducción	513
II.	Las implicancias del concepto	515
III.	La falibilidad de los testigos	519
IV.	Utilización de la prueba testimonial	521
V.	¿Es posible valorar la prueba testifical? Estrategias para lograrlo	524
	1. <i>Abandonar el centralismo en el sujeto</i>	525
	2. <i>Distinguir los elementos del medio de prueba</i>	527
	3. <i>Credibilidad del testigo</i>	529
	4. <i>Fiabilidad del testimonio</i>	531
	5. <i>Valoración conjunta</i>	533
VI.	A modo de conclusión	534
	Bibliografía	535

21

**LA PRUEBA PERICIAL MÉDICA EN LOS PROCESOS
RELACIONADOS CON LOS ACCIDENTES DE TRÁFICO**

	ANTONIO VASCO GÓMEZ	539
I.	Introducción	539
II.	La prueba pericial médica y su valoración	541
III.	Alternativas a la vía actual	548

22

	<i>Página</i>
1. <i>Métodos alternativos para la resolución de conflictos</i>	548
2. <i>Designación judicial del perito</i>	561
3. <i>Recurso al IML</i>	562
IV. Conclusiones	564
Bibliografía	565

22

EL TESTIGO-PERITO: OPORTUNIDADES Y PROBLEMÁTICAS EN LA PRÁCTICA

MARINA FERRER SOLER,

ALEXANDRE PONS ABELLA

567

I. Definición y razón de ser de la figura del testigo-perito . . .	567
II. Diferencias con la prueba pericial	570
III. Valoración de la prueba de testigo-perito	574
IV. Los límites en la práctica: problemática y oportunidades . .	578
V. Conclusiones	581
Bibliografía	582

23

ACUERDOS PROBATORIOS (ENTRE LO NEGOCIABLE Y LO INNEGOCIABLE). PROPUESTAS PARA SU REGULACIÓN

IGNACIO M. SOBA BRACESCO

583

I. Comentarios preliminares: los acuerdos procesales en el contexto actual	583
II. Los acuerdos probatorios. Sus distintas modalidades	586
1. <i>Acuerdos de fijación de hechos o vinculados al objeto de la prueba</i>	586
2. <i>Acuerdos sobre la carga de la prueba</i>	586
3. <i>Acuerdos sobre medios de prueba. La limitación convencional de la prueba</i>	590

	<i>Página</i>
4. <i>Acuerdos sobre fuentes y acuerdos para el diligenciamiento o la producción de la prueba</i>	593
5. <i>Acuerdos sobre la valoración y los estándares de prueba</i>	595
III. Reflexiones finales: algunos debates y propuestas para la regulación de los acuerdos	598
Bibliografía	601
24	
SMARTJUSTICIA, PROCESO Y PRUEBA: ESPECIAL REFERENCIA A SU USO EN LA SEGUNDA INSTANCIA	
PAULO RAMÓN SUÁREZ XAVIER	609
I. A modo de introducción	609
II. Valores jurídico-sociales básicos en el desarrollo de la IA: la estrategia europea	612
III. El proyecto de directrices técnicas sobre una inteligencia artificial confiable	615
IV. La digitalización de la Oficina Judicial	618
V. ¿Smart juez? Retos de la jurisdicción en la smartificación de la Administración de Justicia	623
1. <i>Marco jurídico de la utilización de sistemas informáticos en la actividad jurisdiccional</i>	623
2. <i>Los algoritmos y el modelo de justicia predictiva</i>	628
VI. El empleo de la inteligencia artificial en las funciones jurisdiccionales	630
VII. Inteligencia artificial y segunda instancia: cuestionamientos y apuntes	635
VIII. Conclusiones	638
Bibliografía	640

25

EL VALOR PROBATORIO DE LAS RESOLUCIONES NO VINCULANTES EN EL PROYECTO DE LEY POR LA QUE SE CREA LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE DE DEFENSA DEL CLIENTE FINANCIERO	
JOSÉ MARÍA TRABADA SÁNCHEZ DE TOCA	643
I. Introducción	644
II. Consideraciones preliminares sobre el modelo de supervisión financiera español	647
1. <i>Características básicas del modelo de supervisión integrada..</i>	647
2. <i>Características básicas del modelo de supervisión sectorial y breve caracterización del modelo de supervisión en España ..</i>	648
III. Competencias y naturaleza de la Autoridad Administrativa Independiente de defensa del cliente financiero	650
1. <i>Naturaleza jurídica de la Autoridad Administrativa Independiente de defensa del cliente financiero</i>	651
2. <i>Las competencias de la Autoridad Administrativa Independiente de defensa del cliente financiero en el Proyecto de Ley .</i>	652
2.1. <i>Competencias en el ámbito de resolución extrajudicial de reclamaciones</i>	653
2.2. <i>Competencias en la elaboración de un compendio anual de buenas prácticas</i>	655
IV. Régimen jurídico de las resoluciones vinculantes en el anteproyecto	656
1. <i>Régimen jurídico de las resoluciones vinculantes de la autoridad</i>	656
2. <i>Régimen jurídico de las resoluciones no vinculantes de la autoridad</i>	657
V. Valor probatorio de las resoluciones no vinculantes en el Proyecto de Ley	658
1. <i>Evolución legislativa y prelegislativa del valor probatorio de las resoluciones no vinculantes de la autoridad</i>	659

	<i>Página</i>
2. <i>La problemática del valor pericial de las resoluciones no vinculantes de la autoridad</i>	659
2.1. Contenido de las resoluciones de la Autoridad ...	660
2.2. Reflexión general sobre el encaje de la pericia en Derecho en nuestro sistema procesal	660
2.3. El valor pericial de las resoluciones no vinculantes y la aplicación del principio de igualdad de armas procesales	662
3. <i>La ratificación de las resoluciones no vinculantes por parte del órgano competente</i>	664
VI. Conclusiones	665
Bibliografía	667

B)
**ASPECTOS PROBATORIOS EN SISTEMAS
 ALTERNATIVOS O COMPLEMENTARIOS AL
 PROCESO CIVIL**

26

**VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y MOTIVACIÓN DEL
 LAUDO: REFLEXIONES SOBRE EL ALCANCE Y LA
 NATURALEZA DEL DEBER DE MOTIVAR LAS DECISIONES
 ARBITRALES**

JOSÉ CARO CATALÁN	673
I. Introducción	673
II. Acción de anulación y motivación del laudo	675
1. <i>Ideas previas</i>	675
2. <i>El deber de motivar el laudo como garantía esencial del arbitraje</i>	677
3. <i>El deber de motivar la valoración de la prueba</i>	679
4. <i>Aplicación de la doctrina de la «razonabilidad»: algunos ejemplos</i>	681

	<i>Página</i>
III. Las garantías procesales fundamentales en el arbitraje: especial referencia a la motivación del laudo	682
1. <i>El derecho a acceder a la justicia</i>	684
2. <i>El derecho al juez imparcial</i>	687
3. <i>El derecho a un laudo motivado: ¿derecho legal o derecho fundamental?</i>	689
Bibliografía	690

C)
ASPECTOS PROBATORIOS EN EL DERECHO SOCIETARIO

27

DISPUTAS EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: SOLICITUDES DE EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS (DILIGENCIAS PRELIMINARES Y EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA) Y SUCINTA REFERENCIA A ALGUNOS ASPECTOS PROBATORIOS PROPIOS DE LA LITIGACIÓN SOCIETARIA AMADOR NAVARRO MORALES.	695
I. Introducción	696
II. Actuaciones a las que se puede recurrir para obtener documentación societaria	698
1. <i>Dos cauces judiciales que permiten solicitar, a una sociedad de capital, la exhibición de documentación</i>	698
2. <i>Las diligencias preliminares de exhibición de documentos y cuentas de la sociedad (art. 256.1.4.º LEC)</i>	700
2.1. <i>Introducción: las diligencias preliminares en la LEC</i>	700
2.2. <i>El objeto de las diligencias preliminares del art. 256.1.4.º LEC</i>	701
2.3. <i>La exigencia de que se efectúe una aplicación muy mesurada de estas diligencias preliminares a los efectos de impedir una utilización fraudulenta</i>	702

	<i>Página</i>
2.4. Dos consecuencias que derivan del carácter «excepcional» de las diligencias preliminares	703
2.5. Un par de cuestiones que deben tenerse en cuenta no sólo a los efectos de esta vía de las diligencias preliminares, sino para cualquier actuación (procesal o extraprocesal) relativa a documentación societaria.	704
3. <i>El expediente de jurisdicción voluntaria de exhibición de libros (art. 112 LJV)</i>	706
3.1. La diferente finalidad de este expediente y de las diligencias preliminares de exhibición de libros y cuentas	706
3.2. El objeto de la exhibición	707
3.3. La posibilidad, que confiere la ley, de que el solicitante sea auxiliado por un experto contable	709
3.4. La legitimación activa no está restringida a socios (como sucede con las diligencias preliminares del art. 256.1.4.º LEC), sino que se extiende a cualquier «interesado».	710
III. Algunas cuestiones probatorias propias de los procedimientos de litigación societaria	713
1. <i>Impugnación de acuerdos sociales</i>	713
1.1. Algunos medios de prueba	713
1.2. Carga de la prueba	716
2. <i>Acciones de responsabilidad de administradores</i>	719
2.1. Acción individual de responsabilidad. Especial referencia al cierre <i>de facto</i> de la sociedad o «persianazo»	719
2.2. Acción social de responsabilidad	722
Bibliografía	722

28

**LAS EVIDENCIAS DE LOS SISTEMAS DE COMPLIANCE:
PIEZA CLAVE PARA LA DEFENSA CORPORATIVA**

JUANA MARÍA PARDO PARDO	725
I. Introducción. El cumplimiento como herramienta de defensa corporativa.	726
II. Régimen general de responsabilidad de administradores por daños	727
1. <i>Responsabilidad penal de las sociedades.</i>	727
2. <i>Deber de diligencia de los administradores</i>	728
3. <i>Régimen de responsabilidad societaria de administradores por daños</i>	732
3.1. <i>Ámbito subjetivo de responsabilidad</i>	732
3.2. <i>Ámbito objetivo de responsabilidad</i>	734
III. Importancia de los sistemas de <i>compliance</i> para acreditar la diligencia en la actuación de los administradores. Especial mención a los casos de grupos de sociedades	738
1. <i>Algunos pronunciamientos jurisprudenciales de Derecho comparado</i>	740
2. <i>Estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico español</i> ...	741
IV. Algunas posibles medidas a adoptar para una correcta delimitación de los riesgos y responsabilidades dentro de un grupo.	742
1. <i>Medidas relacionadas con la estructura societaria y de gobierno</i>	742
2. <i>Medidas relacionadas con las funciones corporativas</i>	743
3. <i>Medidas relacionadas con el diseño del sistema de <i>compliance</i></i>	746
V. Conclusiones	747
Bibliografía	750

penal) o utilizado (en el procedimiento administrativo) vulnerando el artículo 7 de la CDFUE, tratándose de una situación de aplicación del Derecho de la Unión el tribunal nacional que conoce del recurso contra la resolución de la Administración tributaria de su Estado miembro de origen estaría obligado a desecharlas (*disregard, écarter, zurückweisen*) a los efectos del recurso y, en consecuencia, a anular la resolución administrativa fundada en ellas (aunque esto último solamente, precisa el Tribunal de Luxemburgo, «en el caso de que por tal motivo la resolución quedara privada de fundamento»; dando a entender que la resolución sancionadora podría mantenerse incólume en caso de existir otras pruebas válidas sobre las que sustentarla)²¹.

Situados en este contexto, se hace posible abordar por fin la sentencia de 17 de enero de 2019 del asunto *Dzivev*, objeto principal de atención en este trabajo, empezando por los hechos que dieron lugar al planteamiento de las cuestiones prejudiciales.

II. PRUEBAS ILÍCITAMENTE OBTENIDAS E IMPUNIDAD DE DELITOS CONTRA LOS INTERESES FINANCIEROS DE LA UNIÓN. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ASUNTO *DZIVEV*

1. ¿SE OPONE EL DERECHO EUROPEO A QUE SE EXCLUYAN PRUEBAS INCRIMINATORIAS EN UN PROCESO PENAL POR FRAUDE DEL IVA?

En una causa penal seguida en Bulgaria había cuatro personas acusadas de formar parte de una organización criminal para cometer delitos fiscales, en concreto para defraudar el IVA por medio de una sociedad interpuesta. La cantidad defraudada ascendía a cerca de 200.000 euros.

Respecto de tres de estas personas había prueba de cargo suficiente, de manera que no se planteaba ningún problema. Pero había una, el señor *Dzivev*, que además supuestamente era el jefe de la organización, cuya participación en los hechos solamente se podía determinar a partir de unas escuchas telefónicas. Escuchas telefónicas que, sin entrar tampoco en muchos detalles — pues ello requeriría un análisis de la normativa nacional que resulta innecesario a los efectos de este trabajo —, se habían acordado de forma ilegal, porque al parecer según la legislación búlgara el tribunal que las había decretado tenía que haberse inhibido a favor de otro distinto, concretamente a favor del Tribunal Penal Especial; que, salvando las distancias, vendría a ser algo así como el equivalente búlgaro de la Audiencia

21. *Ibidem.*

Nacional española. Por si esto fuera poco, la resolución que había decretado la medida carecía de la motivación individualizada que venía exigida imperativamente por la ley.

En síntesis, en la situación a la que se refería el asunto *Dzivev* había unas escuchas telefónicas que, conforme al ordenamiento interno, eran nulas de pleno Derecho; y que, en consecuencia, no se podían tener en cuenta por los tribunales. En particular, no se podían utilizar en un proceso penal contra la persona afectada, esto es, no cabía recibirlas en el juicio, ni someterlas a contradicción ni valorarlas en la sentencia.

Y como esas escuchas ilegales eran la única potencial prueba de cargo que existía contra el presunto jefe de la organización, su exclusión de la causa implicaba, lógicamente, la libre absolución de esa persona.

Lo que se planteó el Tribunal Penal Especial de Bulgaria es si esta situación era compatible con el Derecho de la Unión, concretamente con el artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y con las disposiciones del Convenio para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas del año 1995, o Convenio PIF²².

Porque en efecto, desde el punto de vista de la protección de los intereses financieros de la Unión lo que sucedía en el asunto *Dzivev* es que existía una prueba dotada de una «fiabilidad objetiva» o una «fiabilidad epistémica» indudable, pero que no se podía utilizar para condenar a un sujeto (es decir, para garantizar la efectividad real de las «medidas eficaces y disuasorias» queridas por la Unión²³) porque el ordenamiento procesal nacional ponía trabas u obstáculos que, a la postre, determinaban la impunidad de aquel.

Resultaba inevitable, entonces, que surgiera la pregunta de si esto constituía un incumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros en la lucha contra el fraude que afecta a la recaudación de los recursos propios de la Unión Europea. O, dicho de otra forma, si la represión eficaz del fraude contra los intereses financieros de la Unión, exigida a los Estados miembros

22. El Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DOC 316 de 27.11.1995, pp. 48-57) fue sustituido —salvo para Reino Unido y Dinamarca, que hicieron uso de su facultad de *opt out*— por la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal. La Directiva PIF entró en vigor a partir del 6 de julio de 2019, es decir, con fecha posterior a la sentencia que aquí se comenta. Véase al respecto el artículo 16 de la Directiva PIF.

23. *Cfr.* el artículo 325.1 del TFUE.

por el artículo 325 del TFUE, obliga a sus tribunales nacionales a desactivar el régimen de la prueba ilícita — ya se articule en torno a las nulidades procesales o revista la forma de una regla de exclusión— en los procesos penales por fraude del IVA.

La respuesta afirmativa a estas cuestiones podía desprenderse de una lectura apresurada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las consecuencias de las obligaciones derivadas del artículo 325 del TFUE para los ordenamientos jurídicos nacionales; y más concretamente de la sentencia del Tribunal de Justicia en el controvertido asunto *Taricco I*.

Porque había un paralelismo claro entre las dos situaciones, la de *Dzivev* y la de *Taricco*.

Como se ha recordado al principio, en el asunto *Taricco I* el Tribunal de Justicia había adoptado una posición un tanto montaraz —que luego más tarde rectificaría o matizaría—, y había dicho que una norma interna que, en definitivas cuentas, tenía como efecto facilitar la prescripción de los delitos, era contraria al Derecho de la Unión en la medida en que generaba un «riesgo sistémico» de que determinadas conductas contrarias a los intereses financieros de la Unión Europea quedaran impunes en el territorio de un determinado Estado miembro (en aquel caso, Italia).

Lo que interesa subrayar ahora es ese paralelismo al que se acaba de aludir entre las situaciones a las que se refirieron las sentencias relativas a los asuntos *Taricco I* y *Dzivev*.

Porque en definitiva, la cuestión que se le planteaba al Tribunal de Justicia en ambos casos vino a ser sustancialmente la misma. Es decir, si el Derecho de la Unión exige que los jueces nacionales inapliquen derechos y garantías reconocidos a nivel interno cuando dificultan o impiden la efectividad del Derecho europeo (o la consecución de sus objetivos).

2. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL EN EL ASUNTO DZIVEV

En sus conclusiones²⁴, el Abogado General empezó efectuando un repaso de la jurisprudencia anterior de Luxemburgo en la que el Tribunal de Justicia se había pronunciado sobre la efectividad, desde el punto de vista de la recaudación del IVA, de determinadas disposiciones —o praxis—

24. Conclusiones del Abogado General Michal Bobek en el asunto C-310/16 (*Dzivev*), presentadas el 25 de julio de 2018 (ECLI:EU:C:2018:623).

nacionales en el contexto de procesos penales contra personas acusadas por delito fiscal o por ilícitos aduaneros.

De toda la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia el Abogado General extrajo los siguientes cuatro puntos:

Primero, que el artículo 325.1 del TFUE, bien en sí mismo considerado o bien interpretado en conjunción con los artículos 2.1 del Convenio PIF y 2, 250 y 273 de la Directiva del IVA, exige a los Estados miembros la adopción de todas las medidas necesarias para salvaguardar los intereses financieros de la Unión, incluidas sanciones administrativas o penales efectivas y disuasorias.

Segundo, que las obligaciones derivadas del artículo 325 del TFUE tienen un alcance extremadamente amplio, porque incluyen todo el conjunto de disposiciones del Derecho nacional que se refieran a esta materia, ya sean sustantivas o procesales.

Tercero, que el Derecho de la Unión se opone a que las disposiciones nacionales, sea de la naturaleza que sean, tengan como efecto impedir la imposición de una sanción efectiva y disuasoria a las infracciones que se puedan cometer en este ámbito.

Y cuarto, que las obligaciones derivadas del artículo 325 del TFUE tienen sus límites en los derechos fundamentales reconocidos en la CDFUE. Esto es, siempre que apliquen Derecho europeo los Estados miembros y sus tribunales están vinculados por la Carta; y ello con independencia de que exista o no una armonización a nivel europeo del régimen de infracciones y sanciones en materia de fraude del IVA.

Así contextualizada, según el AG la cuestión prejudicial podía en definitiva reformularse en términos más amplios como sigue: ¿obliga el Derecho europeo a los tribunales nacionales, en orden a la recaudación efectiva del IVA (o de otros recursos propios de la Unión), a dejar inaplicadas selectivamente determinadas disposiciones nacionales, sean de la naturaleza que sean²⁵, cuando la observancia de las mismas implique la impunidad para la persona o personas acusadas?

Como se ha explicado antes, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recaída hasta entonces sobre este punto no era del todo clara e inequívoca. En *Taricco* la respuesta a la pregunta del AG había sido que sí, si la norma nacional en cuestión determinaba la impunidad en un número considerable de asuntos. En cambio, en *MAS y MB* la respuesta había sido que no nece-

25. Sobre este punto, *vid.* CAG *Dzivev*, §§ 96-101.

sariamente, pues la responsabilidad de remediar las carencias del ordenamiento interno recae exclusivamente sobre el legislador nacional, que es quien tiene que preocuparse de detectar y solucionar las posibles incompatibilidades de sus disposiciones con el Derecho europeo, a fin de evitar la impunidad generalizada de las conductas que menoscaben los intereses financieros de la Unión. Por lo tanto, si el juez nacional entiende que la inaplicación de la disposición interna aparentemente incompatible con el Derecho de la Unión conduce por ejemplo a una vulneración del principio de legalidad en cualquiera de sus vertientes, debe entonces abstenerse de inaplicarla —o, dicho en positivo, debe aplicarla con normalidad—, aunque en la práctica ello conlleve la impunidad de los hechos y el consiguiente incumplimiento material de los deberes derivados del artículo 325.1 del TFUE (que podrá acarrear llegado el momento la responsabilidad por incumplimiento del Estado miembro implicado).

Por su parte, como se ha visto, en *Kolev* el Tribunal de Justicia había dictaminado que, en principio, un juez nacional no tiene el deber de inaplicar normas procesales internas determinantes del sobreseimiento o la libre absolución por ese solo hecho a menos que den lugar a un riesgo sistémico de impunidad; y, en todo caso, siempre y cuando se respeten los derechos fundamentales reconocidos por la Carta.

En sus conclusiones del asunto *Dzivev*, el Abogado General se mostró firme partidario del criterio que se había adoptado en el asunto *MAS* por encima de los criterios plasmados en *Taricco* y *Kolev*²⁶, por compadecerse mejor en su opinión con una situación, como la controvertida en *Dzivev*, donde no existía un régimen europeo armonizado ni por supuesto tampoco una regulación exhaustiva y uniforme a nivel europeo.

En efecto, para el Abogado General allí donde no hay uniformidad normativa —*i. e.*, una regulación europea expresa, clara y detallada—, cabría dar entrada a estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales siempre y cuando no comprometiesen la primacía y efectividad del Derecho de la Unión ni el nivel de protección querido por la Carta, al no existir una toma de posición expresa del legislador europeo en cuanto al estándar concreto de protección requerido (asuntos *Åkerberg*, *MAS* y *MB* y *Scialdone*). En cambio, donde tal uniformidad sí existe en relación con situaciones regidas íntegramente por el Derecho europeo, los estándares nacionales de protección deberían decaer (asunto *Melloni*), porque habría de prevalecer sobre ellos la ponderación ya realizada por el legislador europeo al elaborar y promulgar la norma en cuestión; ponderación sujeta úni-

26. CAG *Dzivev*, § 69.

camente al eventual control del Tribunal de Justicia, llegado el caso y el momento²⁷.

En definitiva: según el Abogado General, la mayor o menor flexibilidad o, por mejor decir, la mayor o menor deferencia con las opciones tomadas por los legisladores internos de los Estados miembros en garantía de los derechos de las personas acusadas, debería hacerse depender a la postre del grado de uniformidad normativa impuesto por la Unión Europea en el ámbito específico de que se tratase.

En consonancia con este planteamiento, y por lo que respecta al papel de la Carta, el Abogado General concluyó que, en los ámbitos donde la regulación establecida por la Unión es completa y exhaustiva, la Carta de Derechos fundamentales señalaría el nivel máximo de protección que puede garantizarse a nivel interno en las situaciones previstas por la norma europea. Donde no lo es, o donde se deja margen de apreciación a los legisladores nacionales, lo que vendría a fijar la Carta es el nivel mínimo que los Estados miembros estarían obligados a asegurar en las situaciones de aplicación del Derecho europeo.

Asimismo, manifestó su desacuerdo con las consecuencias de proyectar sin matices la doctrina *Taricco* sobre los procesos penales de los Estados miembros. A este respecto, observó cómo resulta difícilmente conciliable con la seguridad jurídica el que un juez nacional pueda inaplicar de manera selectiva *in malam partem* normas vigentes de Derecho nacional potencialmente beneficiosas para los acusados, por el solo hecho de considerarlas incompatibles con el ordenamiento europeo; máxime cuando no están claras ni perfectamente definidas las condiciones en las que debe procederse

27. CAG *Dzivev*, § 87: «Salvo en circunstancias muy excepcionales, en una situación de uniformidad legislativa a escala de la Unión donde un acto de la Unión haya establecido exigencias claras y exhaustivas sobre un aspecto concreto, solo se ha de aplicar la norma europea sobre derechos fundamentales. En este caso se presume que el legislador de la Unión ya ha efectuado una ponderación entre la protección de los derechos fundamentales y la eficacia general del acto en cuestión con respecto a sus objetivos (...) En cambio, ni en la sentencia *MAS y MB* ni en la sentencia *Scialdone* (ni tampoco en el asunto *Åkerberg Fransson*) había tal armonización, en el sentido de que las normas nacionales en cuestión bien estuvieran directamente sometidas a una clara disposición del Derecho de la Unión al efecto o bien quedasen funcionalmente excluidas por ella. En consecuencia, el ejercicio de la discrecionalidad quedaba sujeto a dos tipos de límites: por un lado, los Estados miembros seguían vinculados por los principios de equivalencia y efectividad del Derecho de la Unión y por el nivel mínimo de protección de los derechos fundamentales garantizado por la Carta, y, por otro, al estar ejerciendo su propio poder discrecional, al revisar las normas adoptadas en dicho ejercicio, los Estados miembros podían también aplicar su propio concepto de cada derecho fundamental, siempre que con ello no confiriesen una protección menor que la establecida en la Carta, con arreglo al artículo 53».

de este modo, de forma que la activación de la «licencia para inaplicar» en un proceso penal concreto se puede terminar convirtiendo en «una lotería patrocinada por la Unión» (sic)²⁸.

Por eso, sugirió que, en adelante, las declaraciones de incompatibilidad se hicieran exclusivamente con efectos hacia el futuro, sin afectar nunca a los procesos penales en curso²⁹; dejando además abierta la posibilidad de iniciar un procedimiento por incumplimiento contra el Estado miembro afectado³⁰.

Hizo notar también cómo resultaría extraño, y contrario a cualquier escala razonable de valores, que supuestas deficiencias sistémicas en la recaudación del IVA hubieran de determinar la suspensión de los derechos fundamentales, el principio de legalidad y el Estado de Derecho; habida cuenta sobre todo de que, en sentencias anteriores (p. ej., la del asunto *NS*³¹, o la del asunto *Aranyosi y Căldăraru*³²), el Tribunal de Justicia había

28. CAG *Dzivev*, § 106.

29. CAG *Dzivev*, § 103, donde, tras resumir sucintamente la doctrina de las sentencias *MAS y MB* y *Kolev*, afirmó lo siguiente: «Por diversas razones, soy del parecer de que el papel de los órganos jurisdiccionales nacionales en relación con las normas nacionales que puedan impedir la adecuada recaudación del IVA, al menos en los asuntos (penales) en curso, debe concebirse de modo diferente (...) Cualquier conclusión de incompatibilidad ha de limitarse a una declaración relacionada con ella, cuya aplicación a los procesos en curso quede excluida por la seguridad jurídica y la protección de los derechos fundamentales del acusado. Sus efectos han de ser únicamente hacia el futuro, en el plano estructural y procesal, acaso asociados a un procedimiento por incumplimiento en virtud del artículo 258 TFUE».

30. CAG *Dzivev*, § 111: «en mi opinión ha de estructurarse de otra manera la postura del Tribunal de Justicia en cuanto a las consecuencias de la posible incompatibilidad de disposiciones nacionales referentes a la efectiva recaudación del IVA o a los recursos propios de la Unión, en particular sobre los procedimientos penales relacionados con esas cuestiones. Aunque una norma nacional aplicable en tales procedimientos sea declarada incompatible con las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión, dicha declaración ha de tener efectos estrictamente hacia el futuro. En virtud de los principios de seguridad jurídica y legalidad y en aras de la protección de los derechos fundamentales (según proceda en cada caso), tal apreciación no puede tener efectos en los litigios ya iniciados si con ello se causa un perjuicio a la persona acusada. Los Estados miembros deben proceder a tomar medidas inmediatamente para reformar el Derecho nacional a fin de garantizar su compatibilidad con las apreciaciones del Tribunal de Justicia. La solución (estructural) adecuada a la omisión de este deber es un procedimiento por incumplimiento (acelerado, en su caso) con arreglo al artículo 258 TFUE».

31. STJUE de 21 de diciembre de 2011, asuntos C-411/10 y C-493/10, *NS c. Secretary of State for the Home Department y ME y otros c. Refugee Applications Commissioner* (ECLI:EU:C:2011:865).

32. STJUE de 5 de abril de 2016, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi y Robert Căldăraru* (ECLI:EU:C:2016:198).

decidido suspender nada menos que uno de los principios elementales vertebradores de la Unión — el del reconocimiento mutuo —, precisamente con la finalidad de proteger esos mismos derechos fundamentales ante deficiencias sistémicas reales en un ordenamiento procesal, administrativo o penitenciario nacional. Obligar a suspender principios básicos del Estado de Derecho para contribuir a una recaudación más eficaz de los recursos propios de la Unión entrañaría la paradoja de poner el artículo 325 del TFUE por encima incluso del artículo 2 del TUE, lo cual resulta indefendible se mire por donde se mire.

En virtud de todo lo anterior, el Abogado General concluyó que, en una situación como la que se había producido en *Dzivev*, la protección de los intereses financieros de la Unión Europea no exige en absoluto dejar de aplicar las normas nacionales que prohíben recibir y utilizar en un proceso penal las pruebas obtenidas de forma ilícita. A este respecto señaló cómo, si bien es verdad que, allí donde no hay una armonización normativa a escala europea, la autonomía procesal e institucional nacional está limitada por el juego de los principios de equivalencia y efectividad, también lo es que estos principios no pueden ser interpretados como absolutos carentes a su vez de límites; porque ello abocaría a consecuencias absurdas e indeseadas³³. El Derecho de la Unión no solo impone equivalencia y efectividad («sanciones efectivas y disuasorias»), sino que al mismo tiempo exige el respeto de los derechos fundamentales, porque el artículo 325 del TFUE no está jerárquicamente por encima de la Carta: se trata de disposiciones de Derecho primario u originario europeo de igual rango. Por lo tanto, los Estados miembros no están obligados, por vía de principio, a subordinar los derechos fundamentales a la recaudación eficaz de los recursos propios

33. CAG *Dzivev*, §§ 122-123: «La efectividad del Derecho de la Unión es un argumento cuestionable, puesto que, en sí mismo, carece de límites internos. Si se lleva a sus últimas consecuencias, puede llegar a justificar absolutamente cualquier resultado imaginable. En efecto, si la "efectividad de la protección de los recursos propios de la Unión" se equiparase a "condenar a penas de prisión por cometer fraude y no pagar el IVA", habría de dejarse sin aplicar toda norma nacional que se opusiese a tal condena. Pero, en ese caso, ¿no sería más efectivo aún no tener que pedir siquiera autorización judicial para intervenir un teléfono? De igual manera, quizá mejoraría la efectiva recaudación del IVA si el juez nacional tuviese competencia para ordenar el azotamiento público del que defraudase en el IVA. Estos ejemplos, claramente absurdos, ilustran expresivamente por qué el argumento potencialmente ilimitado de la "efectividad" debe ser inmediatamente limitado y ponderado con los argumentos y valores señalados en la fase anterior: otros valores, intereses y objetivos se derivan de límites de la Unión y nacionales, incluida la protección de los derechos fundamentales. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo la eventual ponderación con los límites y normas procesales de origen nacional».

de la Unión. En opinión del Abogado General debería buscarse siempre un equilibrio razonable entre ambas necesidades³⁴.

Según el Abogado General, en el asunto *Dzivev* estaba claro que: (a) la intervención de las comunicaciones telefónicas constituye una injerencia grave en el derecho a la vida privada del artículo 7 de la CDFUE; y (b) menoscaba los derechos de la defensa del artículo 48.2 de la CDFUE cuando el material resultante de la intervención se utiliza ilícitamente en un proceso penal. Por lo tanto, *en ausencia de una armonización normativa a escala europea* —este inciso es clave—, una norma nacional que prohíbe recibir procesalmente ese material conjuga convenientemente las dos exigencias a las que se aludía antes: permite la interceptación de las conversaciones telefónicas a los efectos de la imposición de sanciones efectivas y disuasorias (injerencia en la vida privada para la represión eficaz del fraude) y, simultáneamente, respeta los derechos fundamentales implicados, al establecer condiciones para la válida recepción y utilización de las conversaciones intervenidas en el proceso³⁵.

A estos efectos resultaría indiferente la naturaleza procesal o material de las normas que regulan las intervenciones telefónicas; extremo que había cobrado cierto protagonismo en la sentencia del asunto *MAS y MB*, por la importancia que le había dado la *Corte Costituzionale* italiana.

Tampoco tendría ninguna relevancia la estadística, es decir, la mayor o menor frecuencia con que se estuvieran produciendo intervenciones de comunicaciones ilícitas en el Estado miembro en cuestión y la consiguiente nulidad o exclusión procesal del resultado de esas intervenciones «en un número considerable de asuntos».

Y aun en el caso de que se le otorgara alguna importancia a este elemento, lo cierto es que la afirmación del «riesgo sistémico de impunidad» debería ir siempre avalada con datos concretos, que en aquel caso no se

34. CAG *Dzivev*, § 124: «Las disposiciones de la Carta y del artículo 325 TFUE, apartado 1, son disposiciones de Derecho primario de la Unión con igual rango. De hecho, como *deber dual* que se deriva del Derecho de la Unión dentro de su ámbito de aplicación, los Estados miembros deben hallar el equilibrio entre la efectividad y los derechos fundamentales. Por lo tanto, al valorar la efectividad es esencial tener en cuenta la necesidad de proteger los derechos fundamentales».

35. CAG *Dzivev*, § 126: «una norma nacional que prohíbe tomar en consideración pruebas obtenidas en virtud de una orden de interceptación incorrectamente autorizada da cuenta de los dos elementos de la ecuación: no solo del objetivo de la efectiva recaudación del IVA (permitiendo que utilícense produzcan tales injerencias en el derecho a la vida privada), sino también del respeto de los derechos fundamentales afectados (al limitar la utilización de dichas pruebas a una serie de condiciones, entre ellas la de su lícita obtención en virtud de una orden judicial)».

habían aportado, más allá de las apreciaciones subjetivas realizadas por el órgano proponente de la cuestión prejudicial. De hecho, de las cuatro personas acusadas en *Dzivev* en realidad solo una se veía «beneficiada» por el juego de la norma nacional controvertida. En relación con las otras tres, la fiscalía había podido reunir legalmente pruebas de cargo suficientes sin mayor dificultad. En consecuencia, de las circunstancias del propio asunto no cabía inferir *a priori* que se estuviera produciendo en Bulgaria una impunidad generalizada a gran escala de las infracciones en materia de IVA por causa del régimen interno de la prueba ilícita, de manera que resultara imprescindible desactivar dicho régimen en los procesos penales por fraude del IVA.

3. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: COMPATIBILIDAD (RELATIVA) DE LAS DISPOSICIONES INTERNAS EN MATERIA DE PRUEBA ILÍCITA CON LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL ARTÍCULO 325 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

Ya desde ahora conviene adelantar que, en la sentencia del asunto *Dzivev*, el Tribunal de Justicia tomó la decisión que tenía que tomar. Un indicio claro es lo poco que se ha oído hablar de esta sentencia entre los procesalistas, al menos en comparación con las de otros asuntos de envergadura similar que han cobrado fama en los últimos años. Porque en efecto, si el Tribunal de Justicia en *Dzivev* hubiera afirmado que los intereses financieros de la Unión están por encima del régimen interno de admisibilidad y valoración de las pruebas, debiendo prevalecer siempre sobre él, seguramente habrían corrido ríos de tinta como ya sucedió con anterioridad en el asunto *Taricco*.

Por lo tanto, si la sentencia *Dzivev* ha pasado relativamente desapercibida para los estudiosos del proceso penal cabe pensar que es porque el Tribunal de Justicia reaccionó como tenía que reaccionar. Es decir: no se le ocurrió declarar que la recaudación del IVA para el presupuesto de la Unión obliga a los tribunales de los Estados miembros a desplazar selectivamente las normas internas en materia de nulidad o exclusión de determinadas pruebas, porque eso entre otras cosas habría provocado un escándalo jurídico de proporciones mayúsculas.

En cuanto a la fundamentación de la sentencia, en el asunto *Dzivev* el Tribunal de Justicia partió de un dato fundamental; que es que, en el estado actual de la evolución del Derecho europeo, no existe un régimen sancionador común europeo ni tampoco un régimen procesal común europeo para luchar contra la infracción de las normas armonizadas en materia de

IVA. En particular, no hay ninguna disposición europea sobre la validez, admisibilidad y utilización de pruebas en los procesos penales por delito fiscal.

Por lo tanto, son los Estados miembros quienes tienen que regular esas cuestiones. Lo cual no quiere decir obviamente que puedan hacer lo que quieran, porque tratándose de situaciones de aplicación del Derecho europeo hay unos mínimos que vienen dados básicamente por los tradicionales límites a la «autonomía procesal nacional», que como se sabe son los famosos principios de equivalencia y efectividad³⁶.

Como en este caso no había reparos derivados del principio de equivalencia, el Tribunal de Justicia se centró exclusivamente en las exigencias del principio de efectividad aplicado al artículo 325 del TFUE.

A este respecto, el Tribunal de Justicia no hizo otra cosa que recordar cuestiones que ya estaban dichas en las sentencias de los asuntos *Scialdone*, *MAS y MB* y *Kolev*; aunque dando preferencia al enfoque adoptado en el asunto *MAS y MB*, tal como había sugerido el Abogado General en sus conclusiones.

Así, precisó que incumbe ante todo al legislador nacional atender las obligaciones derivadas del artículo 325 del TFUE —y, con ello, asegurar la efectividad del mismo— al establecer el régimen procesal de la acción penal por fraude del IVA, compaginando la evitación de un posible riesgo sistémico de impunidad con la necesaria protección de los derechos fundamentales de las personas acusadas³⁷. Por su parte, los tribunales nacionales tienen que dar «plenos efectos» a esas obligaciones del artículo 325 del TFUE, inaplicando las normas nacionales que impidan la imposición de sanciones efectivas y disuasorias al fraude contra los intereses financieros de la Unión, pero respetando siempre los derechos fundamentales y los principios generales del Derecho europeo³⁸.

Es decir, al igual que había hecho en *MAS y MB* y en *Kolev*, el Tribunal de Justicia dio un paso más allá de la doctrina clásica de la autonomía pro-

36. Véase STJUE *Dzivev*, § 30: «si bien las sanciones y los procedimientos administrativos o penales que los Estados miembros establecen para luchar contra las infracciones de las normas armonizadas en materia de IVA pertenecen al ámbito de su autonomía procesal e institucional, dicha autonomía está limitada, además de por el principio de proporcionalidad y por el principio de equivalencia, cuya aplicación no se cuestiona en el presente asunto, por el principio de efectividad, que impone la exigencia de que dichas sanciones sean de carácter efectivo y disuasorio».

37. STJUE *Dzivev*, § 31.

38. STJUE *Dzivev*, §§ 32-34.

cesal nacional. Afirmó que, como los procesos penales sobre fraude del IVA son situaciones de aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51 de la Carta, en esos procesos penales los tribunales internos tienen que respetar los derechos garantizados por la Carta y los principios generales del Derecho de la Unión. Y entre estos principios, en particular el principio de legalidad y la cláusula del Estado de Derecho.

Y ello tanto en la fase de investigación como en la de enjuiciamiento; porque la obligación de velar por una recaudación eficaz del IVA no puede ser un pretexto para pasar por encima de estos principios en el proceso penal³⁹.

El punto de novedad de la sentencia *Dzivev* es que, en ella, el Tribunal de Justicia declaró que, aplicados a una situación como la que se planteó en *Dzivev*, los principios europeos de legalidad y Estado de Derecho significan que la represión de la delincuencia no se puede hacer rebasando los límites dentro de los cuales una autoridad está facultada para actuar con arreglo al Derecho interno de su Estado miembro⁴⁰. Recuérdese a este respecto que, en el asunto principal, se habían acordado unas escuchas que necesitaban autorización judicial por un tribunal que no tenía competencia para ello.

Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia observó que la intervención de las comunicaciones supone una injerencia en el derecho fundamental europeo a la vida privada del artículo 7 de la Carta y que, en consecuencia, está sujeta a los requisitos del artículo 52 de la propia Carta: debe estar prevista por la ley en el Estado miembro de que se trate, debe respetar el contenido esencial del derecho afectado y debe cumplir con las exigencias del principio de proporcionalidad⁴¹.

En el supuesto de autos, como las escuchas se habían acordado por una autoridad judicial sin competencia, el Tribunal de Justicia dijo que no se podía considerar que en este caso la injerencia estuviese «prevista en la ley» en el sentido del artículo 52 de la Carta⁴² (abro un pequeño paréntesis para puntualizar nada más que en realidad que sí que lo estaba; cuestión diferente es que se hubieran incumplido los requisitos de competencia, pero la

39. STJUE *Dzivev*, § 34: «la obligación de garantizar la recaudación eficaz de los recursos de la Unión no exime a dichos órganos jurisdiccionales del necesario respeto del principio de legalidad y del Estado de Derecho, que es uno de los valores primordiales en los que se fundamenta la Unión, tal como se refleja en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea».

40. STJUE *Dzivev*, § 35.

41. STJUE *Dzivev*, § 36.

42. STJUE *Dzivev*, § 37.

previsión legal existía. Lo que hace el Tribunal de Justicia, forzando un poco los conceptos, es reconducir cualquier situación de incumplimiento de algún requisito legalmente establecido a un supuesto de «injerencia legalmente no prevista»).

Por lo tanto, no estaríamos ante una simple infracción procesal, sino ante una vulneración sustantiva del derecho fundamental europeo a la vida privada que acarrearía la inutilizabilidad de sus frutos.

Bien, pues llegados a este punto, lo que no quiso hacer el Tribunal de Justicia es extraer unilateralmente las consecuencias de esa vulneración sustantiva en el plano de las garantías procesales. Aquí el Tribunal de Justicia fue tremendamente cauto y, de hecho, hizo un ejercicio de autocontención, buscándose una salida muy hábil.

En vez de sacar las últimas consecuencias del planteamiento que se acaba de sintetizar, recurrió a un lenguaje metafórico y se limitó a declarar que la norma interna que impone la exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en situaciones como la que se había producido en *Dzivev* no es incompatible con el Derecho de la Unión, en la medida en que «refleja» las exigencias de los principios europeos de legalidad y del Estado de Derecho⁴³.

Por lo tanto, el Derecho de la Unión no podría obligar al juez nacional a inaplicar una norma procesal interna que imponga la exclusión de esas pruebas, ni siquiera aunque dejando de aplicarla evitara la impunidad e incrementara la ambicionada eficacia en la persecución de los incumplimientos o las infracciones del Derecho europeo⁴⁴.

De este modo, implícitamente el Tribunal de Justicia vino a dar la razón al Abogado General, al dejar de lado enfoques jurisprudenciales anteriores basados casi exclusivamente en el dato cuantitativo, «jurídico-sociológico» o «jurídico-económico» (razonamiento en términos del número de supuestos de impunidad a que pudiera dar lugar la norma controvertida en la práctica); priorizando en cierta manera la perspectiva que se había adoptado anteriormente en la sentencia del asunto *MAS y MB*. Al mismo tiempo se abstuvo de ir más allá, evitando declarar en positivo que la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas viene *exigida* por el Derecho europeo

43. STJUE *Dzivev*, § 38: «la norma controvertida en el procedimiento principal refleja las exigencias expuestas en los apartados 35 a 37 de la presente sentencia, en la medida en que obliga al juez nacional a descartar del procedimiento penal medios de prueba, como las interceptaciones de las telecomunicaciones, que requieren una autorización judicial previa cuando dicha autorización ha sido emitida por una autoridad jurisdiccional sin competencia para ello».

44. STJUE *Dzivev*, § 40.

—concretamente, por el artículo 47 de la Carta— en las situaciones donde ese Derecho resulta de aplicación y en las que falta una armonización completa y exhaustiva. Antes al contrario, se limitó a hacer una declaración de mera ausencia de incompatibilidad, allí donde la exclusión o la nulidad de las pruebas ilícitamente obtenidas constituya un «reflejo» o una proyección de los principios europeos de legalidad y del Estado de Derecho; habiendo que entender que, donde no se aprecie un tal reflejo o una tal proyección de principios básicos del ordenamiento de la Unión, la norma interna que disponga la exclusión o la nulidad de la prueba sí constituirá una extralimitación de la autonomía procesal nacional.

III. CONCLUSIÓN

El balance de la sentencia *Dzivev* es en mi opinión agrídulce.

Es dulce porque en esta sentencia el Tribunal de Justicia respalda explícitamente las opciones nacionales de política legislativa que privan de eficacia a las pruebas ilícitamente obtenidas, ya sea a través de un régimen de nulidad o por medio de una regla de exclusión propiamente dicha. Es decir: no es solo que el Tribunal de Luxemburgo no desapruebe estas opciones, o que las tolere o las soporte a regañadientes, sino que las celebra e incluso las aplaude; si bien, como se dirá luego, dentro de los márgenes delineados por la jurisprudencia sobre el estándar de protección de los derechos fundamentales en las situaciones de aplicación del Derecho europeo.

En efecto, como se acaba de explicar, en *Dzivev* el Tribunal de Justicia declaró que esas opciones de política legislativa pueden constituir un «reflejo» las exigencias del principio de legalidad y del Estado de Derecho, incluso cuando lo que está en juego son los recursos propios de la Unión.

Esto, a la luz de la sentencia del asunto *Taricco* (o, mejor dicho, a la sombra de la sentencia *Taricco*) tiene un valor indiscutible.

La parte quizás menos amable viene por la reticencia que se aprecia a sacar las últimas consecuencias de este planteamiento.

Es verdad que el régimen de la prueba —y de la utilizabilidad de las pruebas— es un campo delicado, complejo, donde las diferencias entre los sistemas procesales nacionales son grandes, o incluso podría decirse que abismales. Al mismo tiempo, no se puede dejar de tener la impresión de que la sentencia *Dzivev* fue en cierto modo una oportunidad desaprovechada de avanzar en la línea que ya se había abierto dos años antes en la sentencia del asunto *WebMindLicenses*.

Porque si es verdad que una disposición interna que obliga a descartar una prueba ilícitamente obtenida «refleja» las exigencias europeas del principio de legalidad y el Estado de Derecho, no es muy coherente que luego el Tribunal de Justicia rehúya agarrar el toro por los cuernos y se abstenga de relacionar la cuestión con los derechos fundamentales europeos de contenido procesal (singularmente, los reconocidos en el artículo 47 de la Carta), avanzando un criterio general para todos los procesos penales donde resulte de aplicación el Derecho europeo. Entre otras cosas porque tampoco hay muchas alternativas imaginables a la nulidad o a la exclusión en el plano de los posibles remedios.

Importa recordar a este respecto que, en *WebMindLicenses* el Tribunal de Justicia había supeditado la posibilidad de recibir y utilizar, en un procedimiento administrativo sancionador, pruebas obtenidas en un proceso penal paralelo, a la condición de que tanto la obtención de las pruebas como su utilización posterior en el procedimiento administrativo respetaran los derechos garantizados por el Derecho de la Unión; exigencia que se cifraba en la comprobación de que la medida de investigación empleada para recabar el material probatorio estaba «prevista en la ley» (en el sentido que el Tribunal de Justicia da a esta expresión) y era necesaria en el proceso penal donde se acordó; que la utilización de la prueba por la Administración estaba asimismo prevista legalmente y resultaba necesaria; y que el administrado tributario hubiera visto respetados sus derechos de defensa en el procedimiento administrativo sancionador, es decir, pudo acceder a las pruebas en dicho procedimiento y ser oído en relación con ellas.

De no cumplirse estas condiciones, el juez que conoce del recurso contra la resolución sancionadora de la Administración tributaria estaría obligado a desechar el material de que se tratase (en aquel asunto, grabaciones de conversaciones y correos electrónicos intervenidos). De la sentencia *WebMindLicenses* se desprende, por lo tanto, que en las situaciones regidas por el Derecho de la Unión existiría una cierta regla de exclusión implícita, que obligaría a descartar las pruebas obtenidas —o recibidas en el procedimiento— con vulneración de los derechos reconocidos por el ordenamiento europeo: la UE no estaría dispuesta a aceptar que se reciban y utilicen materiales, resultantes de una vulneración de los derechos consagrados en la Carta, en procedimientos sancionadores seguidos ante las autoridades de los Estados miembros cuyo objeto sea castigar infracciones de las normas europeas. Y merece la pena subrayar este extremo: cuando se habla de pruebas «ilícitamente obtenidas» en este contexto, se habla exclusivamente de pruebas obtenidas con vulneración de principios, derechos o estándares europeos; que evidentemente no tienen por qué coincidir en alcance, objeto

y extensión con los principios, derechos o estándares del ordenamiento interno, incluso aun que reciban la misma denominación.

Puede decirse en definitiva que, en aquella resolución, el Tribunal de Justicia sentó las bases para el establecimiento de una obligación general de excluir la prueba ilícitamente obtenida en las situaciones regidas por el Derecho europeo, pero sin desarrollarlas por extenso —dadas las circunstancias particulares de aquel asunto— y sin sacarles sus últimas consecuencias.

Adviértase en cualquier caso que la situación planteada en *WebMindLicenses* no fue la misma que en *Dzivev*, porque en *Dzivev* lo que estaba en juego era la compatibilidad de las normas nacionales en materia de utilizabilidad de las pruebas con el Derecho de la Unión, lo que inevitablemente obligaba a abordar la situación teniendo a la vista la espinosa cuestión de las diferencias en los estándares de protección de los derechos fundamentales a nivel interno y a nivel europeo.

Comprensiblemente, el Tribunal de Justicia no quiso validar de un plumazo todas las posibles configuraciones que pueda revestir la regla de exclusión o el régimen de la nulidad de las pruebas ilícitamente obtenidas en los ordenamientos internos de los Estados miembros. En este sentido, fue cauteloso y dejó entreabierto una vía para declarar en el futuro la posible incompatibilidad de alguna de ellas con el Derecho de la Unión, incluso en situaciones de ausencia de armonización normativa a escala europea⁴⁵.

Al mismo tiempo, lo cierto es que el TJUE dejó pasar la ocasión de vincular esta cuestión con el derecho a un proceso equitativo del artículo 47 de la Carta —o incluso con el derecho a la presunción de inocencia del artículo 48—; que tal vez habría sido lo más lógico y también lo más deseable en términos de desarrollo de la proyección del sistema europeo de derechos fundamentales en los procesos penales internos que tienen por objeto situaciones donde resulta de aplicación el Derecho de la Unión. Como se ha visto, se limitó a reconducir el problema a un supuesto de «falta de previsión legal» de la injerencia en el derecho fundamental a la vida privada del señor *Dzivev*, al haberse acordado las intervenciones de sus comunicaciones telefónicas por un órgano carente de competencia y sin la motivación que exigía la ley nacional.

Y de ahí la relativa insatisfacción que genera la lectura de esta sentencia.

45. Que la existencia o inexistencia de disposiciones armonizadoras —y su grado de exhaustividad— es un extremo sumamente relevante a estos efectos fue uno de los puntos centrales de la argumentación del Abogado General Bobek en sus conclusiones del asunto *Dzivev*. No obstante, en la sentencia el Tribunal de Justicia pasó de puntillas también por este argumento. Véase al respecto CAG *Dzivev*, §§ 70-80.

El control pasivo e indirecto de los derechos fundamentales en el proceso extradicional: la flexibilización del principio de no indagación

JAVIER IGNACIO ZARAGOZA TEJADA

Fiscal

Letrado Coordinador del área penal del Tribunal Constitucional

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO DE NO INDAGACIÓN EN EL PROCESO EXTRADICIONAL. DERECHO COMPARADO. II. EL PRINCIPIO DE NO INDAGACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SUS LÍMITES. LA PROTECCIÓN *AD EXTRA* Y EL CONTROL PASIVO O INDIRECTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 1. *Riesgo de torturas y tratos inhumanos o degradantes contrarios al art. 15 CE y al art. 3 CEDH.* 2. *Riesgo de condenas de muerte y penas indefectiblemente de por vida.* 2.1. *Riesgo de imposición de penas de muerte.* 2.2. *Riesgo de imposición de condenas de duración perpetua.* 2.3. *Garantías prestadas por el Estado requirente.* 3. *Proceso con todas las garantías y juicio celebrado en ausencia.* 4. *Proceso con todas las garantías y control judicial de la decisión de solicitar la extradición en el Estado requirente.* III. LÍMITES AL CONTROL PASIVO O INDIRECTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL RETORNO AL PRINCIPIO DE NO INDAGACIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL PRINCIPIO DE NO INDAGACIÓN EN EL PROCESO EXTRADICIONAL. DERECHO COMPARADO

La globalización es un término que se ha manejado con frecuencia en las últimas décadas para justificar al incremento de las relaciones e interacciones entre países y regiones a nivel mundial. Este fenómeno ha tenido un impacto significativo no solo a nivel social y económico sino también claro está, a nivel legal donde la nueva realidad ha modificado para siempre el derecho penal y los instrumentos de cooperación judicial internacional. No en vano, hoy en día prácticamente todos los órganos judiciales tienen uno o varios procedimientos penales que presentan conexiones con el territorio de otros Estados ya sea desde un punto de vista de los sujetos parte en dicho procedimiento, ya sea desde el punto de vista de su objeto.

El desarrollo del mundo como global ha supuesto, además, un importante incremento de la actividad y de las relaciones entre los Estados que, en base al consenso y con la finalidad de facilitar la persecución de los delitos y conseguir el castigo a sus autores, tratan de dar respuesta a la nueva realidad social-jurídica creando un relevante cuerpo de normas que facilitan la cooperación judicial a nivel transnacional.

Dentro de estos instrumentos merece especial referencia el denominado «proceso extradicional» que aparece configurado como un acto de auxilio judicial internacional de naturaleza mixta gubernativa-judicial y que tiene por objeto la entrega de una persona (*extraditurus*) que se encuentra en el territorio de un Estado (*Estado requerido*) a un tercer Estado (*Estado requirente*) a fin de que sea enjuiciado o se ejecute una pena en su territorio¹. Importante es, consecuentemente, resaltar que el objeto del proceso extra-

1. En palabras del Tribunal Constitucional, «en el vigente derecho español la extradición pasiva o entrega de un ciudadano extranjero a otro Estado constituye un procedimiento mixto, administrativo-judicial, en el que se decide acerca de la procedencia o no de la entrega solicitada por dicho Estado en su demanda de extradición. En el proceso en vía judicial de la extradición no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado (SSTC 102/1997, 222/1997, 5/1998; AATC 307/1986, 263/1989, 277/1997). Se trata, pues, de un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido sólo que a falta de la ejecución en otro Estado. SI los órganos españoles competentes estiman procedente la demanda de extradición, ello acarrea como consecuencia directa e inmediata la salida del sujeto del territorio español y su correlativa entrega a las autoridades del Estado requirente; y como consecuencia indirecta, el posible enjuiciamiento y, en su caso, cumplimiento de una sanción jurídica de naturaleza penal en el ámbito del Estado requirente» (SSTC 141/1998, de 29 de junio, FJ3; 156/2002, de 23 de julio, FJ3; 82/2006, de 13 de marzo, FJ2; 191/2009, de 28 de septiembre, FJ3).

dicional queda constreñido a la determinación de si concurren los requisitos legales [previstos en el tratado bilateral firmado entre el Estado requirente y el Estado requerido, y, subsidiariamente, en la Ley de Extradición Pasiva (LEP) para acceder a la extradición y en virtud de ello proceder a la entrega del reclamado.

Desde la perspectiva de esta posición, resulta evidente que el Estado requerido no puede, ni debe, entrar a conocer de las hipotéticas infracciones de derecho procesal cometidas en el procedimiento primigenio, la suficiencia o no de las evidencias para condenar/ enjuiciar el extraditatus, o la posible desproporción de las penas/sanciones que eventualmente pudiesen ser impuestas en el Estado solicitante. Esta actividad de no control de las posibles alegaciones que al respecto pudiese elevar el sujeto pasivo del proceso extradicional no es solo consecuencia del objeto mismo de aquel proceso sino, también, claro está, de la aplicación del denominado «principio de indagación» que aparece formulado tanto en el derecho patrio como en derecho comparado y que se fundamenta en un deber de respeto hacia las decisiones alcanzadas por otros Estados, no tratando de enjuiciar o examinar aquellas desde la perspectiva de nuestro propio ordenamiento.

De hecho, el origen del «principio de no indagación» lo encontramos en los Estados Unidos de América (*non-inquiry principle*) donde en 1901 la *United Supreme Court* (caso *Neely c. Henke*)² afirmó que las garantías de un proceso debido fundadas en la constitución norteamericana no eran extrapolables a los juicios desarrollados en terceros Estados por delitos cometidos fuera de territorio norteamericano. Esta no extensión de la protección constitucional norteamericana a lesiones cometidas en procedimientos judiciales de otros Estados se aplicaba, incluso, a supuestos de quejas por riesgo de torturas o malos tratos, siendo que en 1972 la *United Supreme Court* (caso *Holmes c. Laird*) afirmó en un supuesto en el que, precisamente, se alegaban el riesgo de este tipo de actos que «*la entrega de un ciudadano americano en virtud de un tratado y con la finalidad de someterlo a un proceso judicial extranjero no queda afectada por la ausencia en aquel de las garantías atribuidas en procesos judiciales norteamericanos*».

Esta postura fue no obstante matizada en otras resoluciones posteriores como, por ejemplo, *Gallina c. Foster* donde la Corte del Segundo Circuito afirmó que era necesario un examen o reconsideración del *non-inquiry principle* en aquellos casos en los que existía el riesgo de que el sujeto requerido pueda ser objeto de procedimientos o penas que fueran abiertamente

2. El caso concreto se refería a una extradición de un ciudadano estadounidense a Cuba por un delito de malversación (*embezzling*) de fondos del departamento postal cubano.

incompatibles «*con el sentido de decencia de la corte federal*». Aunque dicha posición doctrinal fue seguida posteriormente por otros órganos judiciales, lo cierto es que la sentencia del caso *Ahmad c. Wigen* dio lugar a un reforzamiento de la doctrina sentada en *Neely c. Henke* y, por lo tanto, a una aplicación extensiva del *non inquiry principle*. Así, el caso *Ahmed c. Wigen* se refería a una extradición interesada por el Estado de Israel frente a una persona imputada por delitos relacionados con el terrorismo de corte islamista. El extraditatus alegó ante la Corte del Distrito Este de Nueva York la existencia de riesgos evidentes de que, de ser extraditado a Israel, quedaría sometido a torturas y tratos degradantes que irían directamente dirigidos a obtener una confesión/ colaboración con las autoridades israelitas. Aunque dicha alegación fue finalmente desestimada (dada cuenta que el recurrente no consiguió acreditar con la suficiente fehaciencia la concurrencia de dicho riesgo), lo cierto es que la Corte del Distrito de Nueva York estableció que, en aquel caso, las alegaciones efectuadas y las circunstancias concurrentes, recomendaban hacer —tal y como previamente se había enunciado en *Gallina c. Foster*— una excepción al *non inquiry principle* y realizar una investigación exhaustiva y profunda sobre los procedimientos judiciales del Estado requirente y la existencia de sospechas fundadas de tortura. No obstante, presentada apelación, la Corte del Segundo Circuito cuestionó la decisión de la Corte del Distrito de Nueva York afirmando que la valoración de los procedimientos judiciales del Estado requirente no se encuentra dentro de las competencias del juez de instancia y, consecuentemente, no se podía efectuar una indagación sobre los aspectos reseñados.

Diferente postura ha sido tomada, no obstante, por parte de otras Cortes de Distrito que han considerado que podría ser inconstitucional conceder extradiciones en supuestos en los que existiera el riesgo de que el reclamado fuera sometido a tratos inhumanos o degradantes en el Estado de emisión. Especialmente significativa es, entre ellas, la sentencia del caso *In re Burt* donde se afirmó que las garantías constitucionales eran aplicables a decisiones del gobierno de EE. UU. de acceder a solicitudes de extradiciones y que aquellas, en ningún caso, deben violar los principios de «*fair play and decency*» incluidos implícitamente en el derecho al proceso debido. De esta manera, las decisiones adoptadas en este sentido deben ajustarse a cualquier otra limitación impuesta por la propia Constitución norteamericana frente a «*procedimientos o penas especialmente atroces en las jurisdicciones extranjeras*».

La posibilidad de efectuar una adecuada investigación dirigida a controlar el cumplimiento de los derechos fundamentales en el Estado solicitante de la extradición ha sido también reconocida en países europeos como en Italia. Así, en la sentencia dictada por la *Corte di Cassazione* de 9 de febrero

de 2021 fue afirmado que «*en presencia de una situación de riesgo de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes atestiguada por fuentes internacionales fidedignas, es deber del Tribunal de apelación, a los efectos de constatar la condición obstativa prevista en el artículo 698.1 del Código Penal, solicitar, por medio de una investigación, informaciones complementarias destinadas a conocer el tratamiento al que será sometido la persona extraditada (...) en presencia de una constatada situación problemática del sistema penitenciario del Estado requirente, la verificación de la existencia de un concreto peligro de someter a un detenido a tratos inhumanos o degradantes debe también correlacionarse con las peculiares condiciones del extraditado*». En el mismo sentido se ha pronunciado la *Corte di Cassazione* en sentencias de 28 de octubre de 2020 (extradición a Albania, riesgo de tratamiento inhumano por sistema carcelario); de 4 de diciembre de 2019 (extradición a Moldavia); o 11 de septiembre de 2019 (extradición a Egipto) entre otras.

También en Alemania, donde los órganos judiciales alemanes han denegado en diferentes ocasiones la ejecución de OEDE/extradiciones a terceros Estados ejerciendo una modalidad de control pasivo e indirecto de derechos fundamentales. Es el caso, por ejemplo, de la decisión dictada por el *Bundesverfassungsgericht* en diciembre de 2015 (BvR 2745/14) donde se revocó la decisión de concesión de extradición acordada por el *Oberlandsgericht* de Düsseldorf en el que el *extraditatus* alegaba una violación de sus derechos contemplados en los arts 1, 2, 3 y 103 de la *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (GG) dada cuenta de no habersele notificado la existencia de un procedimiento judicial contra el mismo seguido en la República de Italia. En dicha resolución, el Tribunal Constitucional Alemán entendió que Italia había fallado al no garantizarle la celebración de un nuevo juicio donde las alegaciones del *extraditatus* y la prueba tenida en cuenta para condenar hubiera podido ser reexaminada o reevaluada. Para el *Bundesverfassungsgericht*, en definitiva, las garantías mínimas de los derechos de los acusados en los procedimientos penales de los Estados requirentes deben ser observados al decidir sobre la extradición para ejecutar una pena.

II. EL PRINCIPIO DE NO INDAGACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SUS LÍMITES. LA PROTECCIÓN AD EXTRA Y EL CONTROL PASIVO O INDIRECTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Al igual que ocurre con los precedentes de derecho comparado anteriormente señalados, los órganos judiciales españoles no han restringido la tutela de los derechos fundamentales a los supuestos de lesiones o injerencias cometidas por aquellos, sino que también han afirmado la posibilidad de realizar una modalidad de jurisdicción ultraterritorial en supuestos de

lesiones perpetradas fuera de nuestro territorio siempre que aquellas tengan alguna conexión con aquel.

Así, y desde una perspectiva referida a la valoración de los medios de prueba, el Tribunal Supremo ha aplicado analógicamente el principio de no indagación (surgido originariamente, y como ya se ha visto, en el ámbito del derecho extradicional) y sus límites a supuestos de reconocimiento de validez en España de las diligencias de pruebas practicadas fuera de nuestro territorio conforme a las normas procesales (en ocasiones, no coincidentes) de un tercer Estado³. Para el Alto Tribunal, aunque resulta manifiestamente inexigible hacer depender la validez los medios de prueba obtenidos en virtud de instrumentos de cooperación judicial internacional del cumplimiento de las garantías procesales existentes en territorio español, debiéndose estar, respecto a esta cuestión, a las normas y garantías que rigen en el país que se han obtenido (*lex loci*), ello no impide que se pueda cuestionar directamente, y ante los órganos judiciales españoles, la posible vulneración de aspectos axiológicos de derechos fundamentales o la quiebra de principios estructurales del proceso penal en la obtención de medios de prueba, siempre que aquellos deban surtir efecto en territorio español.

De esta forma, el *principio de no indagación* no puede ser concebido como un recurso procesal que permita dar validez a las evidencias probatorias obtenidas en virtud de instrumentos de cooperación internacional cualquiera que se la forma en la que hayan sido obtenidas o cualquiera que sea la garantía procesal/ derecho fundamental que haya sido quebrada siendo que la aplicación de dicho principio no puede, ni debe, extenderse hasta el punto obviar cualquier inobservancia de los aspectos axiológicos de derechos fundamentales o de los principios estructurales esenciales del proceso debido.

En este sentido, la STS 456/2013 afirmaba «*Su invocación (principio de no indagación) deberá operar en el marco exclusivamente formal que afecta a la práctica de los actos de investigación en uno u otro espacio jurisdiccional, resultando obligada la indagación de la vigencia de los principios estructurales del pro-*

3. Esta técnica, de hecho, resulta muy común en Estados de nuestro entorno, donde encontramos múltiples resoluciones que acuden al principio de *no indagación* a los efectos de tratar de hacer frente a las dificultades derivadas de la desarmonización legislativa como obstáculo para otorgar validez a pruebas obtenidas en virtud de instrumentos de cooperación judicial internacional. Sin ánimo de ser extensos, y refiriéndonos al reciente caso *Encrochat*, este principio ha sido utilizado por el *Oberlandesgericht* de Berlín (resolución de 30 de agosto de 2021); el *Bundersgerichtshof* (resolución de 8 de febrero de 2022); la Corte Judicial de Rotterdam (resolución de 25 de junio de 2021); el *Norges høyesterett* (30 de junio de 2022); o la *High Court* de Copenhague (10 de febrero de 2022).

El precio de esta obra incluye la publicación en formato DÚO sin coste adicional (papel + libro electrónico)

ACCEDE A LA VERSIÓN ELECTRÓNICA SIGUIENDO LAS INDICACIONES DEL INTERIOR DEL LIBRO

ISBN: 978-84-1162-029-1



9 788411 620291