

NUEVA TENDENCIA EN LA PRUEBA ILÍCITA

Posibles implicaciones para las empresas y crítica de la nueva doctrina del TC

Virginia Canales Urquiola

Abogada

Hogan Lovells LLP

virginia.canales@hoganlovells.com

Abstract: *Las investigaciones internas, fenómeno cada vez más frecuente en España, son procedimientos indagatorios privados que acarrearán, entre otros problemas, el de la obtención de pruebas válidas. Las empresas se enfrentan a un problema, ¿cómo obtener prueba de manera lícita, sin vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores? Y en segundo lugar, ¿qué posibilidades hay de que la prueba obtenida se considere válida para aportar a un posterior procedimiento, en concreto, a un procedimiento penal?*

Opinión: *La última sentencia del Tribunal Constitucional confirma y afianza el cambio de criterio de nuestros tribunales respecto de la admisión de la prueba ilícita. Desde la incorporación a nuestro ordenamiento de la prohibición de aportar prueba ilícita a un procedimiento, garantía que fue declarada por el Tribunal Constitucional (TC) y posteriormente materializada en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), la tendencia jurisprudencial ha sido contraria a admitir cualquier prueba que, obtenida por un particular o una autoridad, se hubiera alcanzado mediante la vulneración de un derecho fundamental.*

La jurisprudencia ha sufrido un cambio de rumbo desde la icónica STC de 1984 que enmarcaba esta garantía procesal como elemento necesario derivado de la posición preferente de nuestro sistema de derechos fundamentales. A lo largo de los años, la rigidez de la prohibición de la prueba ilícita se ha ido relajando respecto de la prueba obtenida por particulares.

La prohibición de aportar prueba ilícita se supedita ahora a la discutible conexión de antijuridicidad, debiendo generar la prueba ilícita una vulneración de las garantías procesales del art. 24.2 CE, lo cual entienden nuestros tribunales que no sucede siempre. Sin embargo, hay que poner esto en relación con el tenor literal de la garantía que se está queriendo ponderar, que no admite modulaciones ni limitaciones, y es muy clara en cuándo procede la prohibición de la prueba ilícita. Esto es, siempre.

Se podría decir que el art. 11.1 LOPJ se ha desvirtuado por completo, pues al condicionar su eficacia a una conexión que debería ser automática, se vacía de contenido el precepto, alterándose el alcance y contenido de esta garantía largamente instaurada en la tradición procesal. Esto nos lleva a un escenario de inseguridad jurídica e incertidumbre, pues la decisión sobre la mayor o menor afectación de la prueba ilícita a la justicia del proceso posibilita cierta discrecionalidad a la hora de admitir la prueba obtenida ilícitamente.

I. INTRODUCCIÓN

Las investigaciones internas, fenómeno cada vez más frecuente en España, y muy común desde hace tiempo en el mundo angloamericano y parte de Europa continental, son procedimientos indagatorios privados que acarrear, entre otros problemas, el de la obtención de pruebas válidas. Cada vez más, las empresas que pretenden investigar sobre hechos presuntamente llevados a cabo por personas bajo su control han de contemplar muchos aspectos legales que condicionarán la posibilidad de aportar el resultado de la investigación como prueba en un juicio. Los temas más conflictivos suelen girar en torno a aspectos relativos al derecho laboral y a la protección de datos.

No obstante, cada vez más se plantean problemas respecto de la licitud de las pruebas obtenidas a la hora de dirigirse frente a un tercero en un procedimiento penal. En concreto, como desarrollaremos más adelante, el criterio para la admisión de pruebas se endurece en el orden penal.

Las empresas se enfrentan a un problema, ¿cómo obtener prueba de manera lícita, sin vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores? Y en segundo lugar, ¿qué posibilidades hay de que la prueba obtenida se considere válida para aportar a un posterior procedimiento, en concreto, a un procedimiento penal?

En este artículo tratamos el segundo interrogante a raíz de la última sentencia del Tribunal Constitucional en la materia, que confirma y afianza el cambio de criterio de nuestros tribunales respecto de la admisión de la prueba ilícita. Desde la incorporación a nuestro ordenamiento de la prohibición de aportar prueba ilícita a un procedimiento, garantía que fue declarada por el Tribunal Constitucional (TC) y posteriormente materializada en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), la tendencia jurisprudencial ha sido contraria a admitir cualquier prueba que, obtenida por un particular o una autoridad, se hubiera alcanzado mediante la vulneración de un derecho fundamental.

Como veremos, la rigidez de este criterio se ha ido relajando respecto de la prueba obtenida por particulares, llegándose a desvirtuar por completo el contenido de la garantía prevista en la LOPJ, y alterando el alcance y el contenido de esta garantía largamente instaurada en la tradición procesal.

El nuevo escenario plantea nuevos criterios a la hora de valorar la admisibilidad de una prueba ilícita, y da lugar a nuevos retos e interrogantes. En este artículo trataremos cuáles son las líneas principales respecto de la prueba ilícita, y en concreto cómo puede afectar a las empresas que pretenden aportar prueba potencialmente ilícita en un procedimiento.

A partir del análisis del recorrido jurisprudencial de la prueba ilícita, y de la posterior aplicación de los tribunales de esta nueva doctrina en casos de obtención de prueba por particulares, asimilable por tanto al caso en que puede encontrarse una empresa durante una investigación interna, podremos extraer una serie de conclusiones que permiten hacerse una idea del estado actual de la cuestión.

Por último, no puede faltar una visión crítica de este cambio de rumbo en nuestra jurisprudencia, que ha sido ya muy criticado por diversos autores y abre una brecha en

nuestro sistema de garantías procesales que emanan inevitablemente de la posición preferente de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución.

II. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Es comúnmente conocido que en España no se puede, bajo ningún concepto, aportar en un procedimiento una prueba que se haya obtenido mediante la vulneración de un derecho fundamental. Esto se debe a que el art. 11.1 LOPJ establece claramente que aquella prueba que se haya obtenido mediante vulneración de los derechos fundamentales no será admitida en un proceso judicial. La norma dice textualmente:

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

Claro como el agua. Esta norma no distingue entre autoridades y particulares, ni entre jurisdicciones. Este precepto se introdujo con la promulgación de la LOPJ en 1985, plasmando formalmente una garantía que había sido previamente reconocida por el TC en su icónica resolución número 114/1984, de 29 de noviembre. Esta sentencia marcó un antes y un después, ya que recogió, describió y definió la necesaria inadmisión de toda prueba obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental.

El TC, en la mencionada sentencia, asumió la imposibilidad de incorporar a los procesos judiciales material probatorio que hubiera sido obtenido mediante la vulneración de los derechos fundamentales amparados en la Constitución. Para este Tribunal era igual de ilícita la prueba obtenida por una autoridad que la obtenida por un particular. La sentencia reconoce –a pesar de carecer de regla expresa que estableciera la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida– la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y la consecuente garantía de nulidad radical de todo acto, público o privado, que contraviniera estos derechos fundamentales.

Dicha inadmisión no venía dada, evidentemente, por una determinación legal, sino por una construcción jurisprudencial en relación con los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. La admisión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implicaría una ignorancia de las garantías propias del proceso plasmadas en el art. 24.2 CE, así como una desigualdad antijurídica por vulneración del art. 14 CE.

Esta sentencia fue un hito de la prueba ilícita, y poco después se promulgó la LOPJ incluyendo esta norma de manera expresa, otorgando a esta garantía autonomía y suficiencia. El art. 11.1 LOPJ crea, por tanto, una garantía que no necesita de nada ni de nadie para desplegar sus efectos. Únicamente se requeriría la apreciación de una prueba ilícita para que se entendiera aplicable.

No obstante, en los últimos años, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y el mismo TC ha reinterpretado este precepto, limitando la garantía contemplada en la LOPJ y exigiendo más elementos que la mera corroboración de la ilicitud de la prueba.

Esta tendencia se puede apreciar a partir de la sentencia del TC número 81/1998, de 2 de abril. En esta resolución, el Tribunal introduce dos elementos novedosos que van a alterar la configuración de la garantía del art. 11.1 LOPJ.

En primer lugar, el TC afirma que admitir prueba obtenida mediante vulneración de derechos fundamentales puede vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, pero no lo hace necesariamente. El Tribunal Constitucional exige un plus de antijuridicidad en la inadmisión de la prueba: la vulneración del derecho fundamental en cuestión debía no solamente darse efectivamente, sino además tener incidencia en el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE. Como reflejaremos en el apartado dedicado a la crítica, esto es chocante, pues la presencia de prueba ilícita en un procedimiento es, en sí misma, una vulneración del art. 24.2 CE.

En segundo lugar, es en esta sentencia donde se introduce en la jurisprudencia el concepto del efecto disuasorio. El TC acoge en 1998 la teoría del *deterrent effect*, considerando que la prueba ha de inadmitirse con el fin de disuadir a la autoridad o a los particulares de llevar a cabo prácticas ilegítimas en la obtención de prueba. Por lo tanto, la fuente originaria de la prohibición de prueba ilícita sufre una modificación. Mientras que en la sentencia de 1984 se aprecia claramente que lo que motiva la necesidad de inadmitir la prueba obtenida ilícitamente es el propio sistema de derechos fundamentales contemplado en la Constitución, que goza de una posición preferente en el ordenamiento, en 1998 se comienza a acoger la visión anglosajona del efecto disuasorio como base de la garantía.¹

De manera que, por un lado, desarrolla la teoría de la antijuridicidad, exigiendo una conexión con el derecho a un proceso justo para inadmitir la prueba ilícita y, por otro lado, reconstruye el origen de la prohibición de la prueba ilícita, poniendo en el núcleo de esta garantía el llamado efecto disuasorio (*deterrent effect*). Lo anterior ha permitido al TS y al TC saltarse el muro del art. 11.1 LOPJ.

Así, en su sentencia número 116/2017, de 23 febrero, el TS dejó patente la tendencia hacia la flexibilización de la hasta entonces sólida y autónoma garantía de la prohibición de prueba ilícita. Como es bien conocido, el Supremo consideró válida la prueba que se aportó en un procedimiento por delito fiscal en España, prueba que había sido originariamente obtenida por Hervé Falciani, un empleado del banco HSBC que sustrajo una lista que contenía los datos de miles de defraudadores con cuentas en ese banco. Esta prueba, la conocida como "lista Falciani", acabó en manos de las autoridades nacionales, y a pesar de haberse obtenido la prueba mediante la vulneración del derecho a la intimidad de los defraudadores, el Supremo avaló la inclusión de esta información en el acervo probatorio del caso.

La sentencia alude a la doctrina constitucional que enunció lo que posteriormente se plasmó en el art. 11.1 LOPJ, precisamente para defender que "[e]sta doctrina, con enunciado normativo propio en el art. 11 de la LOPJ ("... no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales") aconseja huir de interpretaciones rígidas, sujetas a reglas estereotipadas que impidan la indispensable adaptación al caso concreto" (FJ 4). Es decir, que pone el precepto en

¹ SIMARRO PEDREIRA, M. (2020), *Revisión crítica y propuesta de futuro a la luz de la última jurisprudencia en materia de prueba prohibida*, Diario La Ley, N° 9607, Sección Tribuna, 3 de abril de 2020, Wolters Kluwer

relación con la doctrina que lo enunció, exponiendo sin más el carácter necesariamente flexible de la prohibición dispuesta en la LOPJ.

De manera que el art. 11.1 de la LOPJ, de acuerdo con el Tribunal Supremo, no debe interpretarse de manera rígida o estereotipada, sino que habrá que adaptarse al caso concreto. El hecho de que una prueba haya sido obtenida mediante vulneración de un derecho fundamental no determinará automáticamente su inadmisión en un proceso. El TS, a lo largo de la sentencia, desplegó una serie de criterios para guiar el análisis que hay que llevar a cabo a la hora de determinar si la prueba obtenida ilícitamente debe incorporarse al acervo probatorio. Los parámetros que enuncia son los siguientes:

- La prueba ilícita obtenida por particulares, cuando estos actúan como instrumento del Estado, será nula.

Quién vulnera el derecho fundamental y con qué intención es determinante para decidir sobre la admisibilidad de la prueba. La idea es que no entren en el procedimiento elementos de prueba aportados por particulares que vulneraron derechos fundamentales, habiendo actuado, directa o indirectamente, como una pieza camuflada del Estado. Por ello, la condición de particular nos sitúa en un escenario distinto, pero habrá que estar a la intención del particular en concreto, pues de haber actuado con intención de constituir prueba no será una prueba admisible.

- Serán nulas también las pruebas que, aun obtenidas por un particular sin ser instrumento del Estado, afecten al núcleo del derecho fundamental vulnerado.

El derecho vulnerado y la intensidad con la que se vulnera es el siguiente paso para determinar la necesidad de inadmitir la prueba ilícita. Entiende el Supremo que no puede recibir el mismo tratamiento la interceptación de las comunicaciones telemáticas llevada a cabo por un particular y el acceso a unos documentos visibles en un escritorio. También alude a modo de ejemplo a la diferencia de tratamiento que debe recibir un hallazgo casual y un hallazgo mediante entrada subrepticia en el domicilio de un particular.

Igualmente, es relevante la gravedad del contenido obtenido mediante la vulneración. Así, no es lo mismo haber obtenido un DVD conteniendo actos de explícito contenido sexual que hacerse con los datos contables de una empresa.

En resumen, habrá que valorar si existe conexión de antijuridicidad que haya otorgado a la parte que aporta la prueba una ventaja procesal. De no existir esta conexión, la prueba podría ser igualmente inadmisibles en función de la intensidad y alcance de la vulneración sufrida.

Recientemente, el TC en su sentencia número 97/2019, de 16 de julio, ha avalado este fallo del Supremo. Reitera lo dicho en su sentencia de 1998, incidiendo en la necesidad de conexión de antijuridicidad para eliminar la prueba del acervo cuando la vulneración la ha llevado a cabo un particular. El TC respalda la necesidad de interpretar el art. 11.1 LOPJ de manera flexible, tal y como consideró el Supremo que debía hacerse, y desarrolla una doctrina que acaba supeditando la prohibición de prueba ilícita a una serie de criterios y

requisitos que prácticamente vacían de contenido el art. 11.1 LOPJ en el supuesto de obtención de prueba ilícita por particulares.

El TC analiza la evolución de la jurisprudencia constitucional en esta materia, y concluye que hay tres principios rectores que son los siguientes: (i) la inadmisión procesal de una prueba ilícita no constituye una exigencia derivada del derecho fundamental afectado, (ii) la exclusión de la prueba ilícita debe ponerse en conexión con las garantías de un proceso justo del art. 24.2 CE, y (iii) el análisis de esta conexión debe hacerse mediante un juicio de ponderación sobre el equilibrio y la igualdad de las partes. En pocas palabras, que la inadmisibilidad de la prueba no es automática cuando se ha vulnerado un derecho fundamental en su obtención, y que para ser inadmisibile ha de vulnerar las garantías de un proceso justo, vulneración que se deberá ponderar caso por caso.

Seguidamente, el TC hace una aproximación a la ponderación necesaria para resolver la procedencia de admitir la prueba o no. Para ello, entiende que hay que acudir a dos parámetros: (i) la índole de la ilicitud en el acto de obtención de elementos probatorios en relación con el art. 24.2 CE, y (ii) la conexión de la ilicitud con un resultado de desigualdad entre las partes. Es decir, primero hay que establecer cuál es la vulneración del derecho fundamental mediante la que se obtiene la prueba, y después habrá que dictaminar si esta vulneración genera efectivamente un desequilibrio en el proceso, resultando en un proceso no justo.

En tercer y último lugar, el TC alude a las distintas "fases" que ha recorrido la doctrina sobre la prueba ilícita. Una primera, en la que no se detiene mucho, en la que la tendencia del TC fue predominantemente favorable a inadmitir la prueba ilícita y la derivada de esta. Una segunda fase, que el TC considera más precisa, que se define a partir de la mencionada STC 81/1998, de 2 de abril, que establece unos parámetros para evaluar el nexo determinante de necesidad de tutela dentro del ámbito procesal. Esta segunda doctrina, a la que el TC se adhiere ahora enteramente, define dos parámetros de control, el interno y el externo.

El parámetro de control interno exige valorar la proyección que sobre el proceso correspondiente tiene la violación del derecho fundamental sustantivo. Es decir, hay que analizar si la vulneración estaba instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionalmente exigibles, de manera que se comprometiera la integridad del proceso y el equilibrio entre las partes, o si a pesar de no existir tal conexión instrumental, la intensidad de la vulneración es tal que su proyección sobre el ámbito procesal afecta al núcleo de los derechos fundamentales. Pone como ejemplo el TC el caso de las torturas para ejemplificar este segundo supuesto.

El parámetro de control externo consiste en valorar si existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso penal. Este análisis debe tratar de dilucidar si la falta de tutela específica en el proceso penal supondría incentivar la comisión de infracciones en los derechos fundamentales para obtener pruebas. Es decir, dilucidar si es necesario inadmitir la prueba con el objetivo de provocar el efecto disuasorio, el *deterrent effect*.

Por lo tanto, primero se identifica si ha existido una vulneración del derecho fundamental en la obtención de la prueba y si esta vulneración vulnera el art. 24.2 CE; de no haber conexión con el art. 24.2 CE, habrá que determinar si la vulneración es tan intensa que afecta al núcleo de los derechos fundamentales; y por último se analiza si es necesario inadmitir la prueba para desincentivar este tipo de actuaciones (*deterrent effect*).

El TC determina que el art. 11.1 LOPJ es compatible con una ponderación caso por caso. Entiende que, si bien el hecho de que un particular sea el que ha obtenido la prueba no disminuye el efecto previsto en el art. 11.1 LOPJ, puede el órgano enjuiciador evaluar si en cada caso concreto, de acuerdo con los parámetros que menciona anteriormente, hay una necesidad de tutela procesal en relación con la vulneración de los derechos que se ha producido.

Esta es, por lo tanto, la situación actual de la jurisprudencia. La garantía del art. 11.1 LOPJ debe entenderse de manera flexible, especialmente cuando se trata de un particular. La prohibición de aportar prueba ilícita no es, por tanto, absoluta ni automática, y deberá el órgano enjuiciador determinar si existe una conexión entre la prueba ilícita y la vulneración del art. 24.2 CE. Este análisis consiste en un juicio de ponderación que tendrá en el centro el equilibrio e igualdad entre las partes. Por último, es necesario valorar la necesidad de cada caso concreto de desincentivar las conductas que han generado la vulneración de derechos, y por ello la condición de particular suele implicar un punto esencial, pues el precepto está diseñado principalmente para ahuyentar las conductas ilícitas del Estado –el llamado *deterrent effect*–.

III. IMPLICACIONES PARA LAS EMPRESAS COMO PARTICULARES

Ahora bien, ¿qué implicaciones tiene el afianzamiento de esta doctrina? Y en concreto, ¿qué implicaciones puede tener esto para las empresas que, en el curso de una investigación interna, hallen prueba habiendo –potencialmente– vulnerado los derechos fundamentales de un trabajador?

Parece claro que los criterios fijados recientemente por el TS y el TC se están asentando, y hay unanimidad en la tendencia hacia una interpretación flexible del art. 11.1 LOPJ. Del análisis de la jurisprudencia se deduce que se está imponiendo la primacía del *deterrent effect* como *ultima ratio* de la prohibición de la prueba ilícita en un proceso. Múltiples sentencias posteriores a la STS número 116/2017, de 23 febrero, se hacen eco de estos razonamientos, y no cabe duda de que el efecto disuasorio adquiere especial relevancia.

Las conclusiones acerca de las posibles implicaciones para las empresas durante una investigación interna, pueden extraerse a partir de las principales y más recientes sentencias que tratan la cuestión de la prueba ilícita obtenida por particulares, y que permiten obtener una imagen más específica de la situación actual.

Hemos de referirnos en primer lugar a la sentencia de la Sala de lo Penal del TS número 508/2017, de 4 de julio, que analizaba la procedencia de admitir una prueba en un asunto por abusos sexuales a un menor de edad. La polémica residía en el hecho de que un empleado de una cafetería halló una cámara digital con fotos de contenido sexual, al que accedió con el final de identificar al propietario de la cámara. El empleado, que era un

agente de seguridad privada, entregó la cámara a la Guardia Civil, que solicitó como consecuencia la oportuna autorización judicial para acceder al contenido de la cámara. El Tribunal consideró que al haber sido obtenida la prueba por un particular que no perseguía ni era utilizado por los poderes públicos como instrumento para burlar las garantías del sistema constitucional, no se podía apreciar la conexión de antijuridicidad necesaria para inadmitir la prueba. Es decir, se hace una interpretación teleológica del precepto, adquiriendo por ello importancia el hecho de que fuera un particular el que halló la prueba. El Supremo no vio necesario castigar a las autoridades en este caso, pues no era procedente el *deterrent effect*, ya que los funcionarios de la Guardia Civil sí que habían actuado conforme a las garantías procedimentales.

Es importante realizar un apunte en relación con la aplicabilidad del efecto disuasorio a particulares. Si bien parece asentado que la prohibición del art. 11.1 LOPJ juega de manera más flexible respecto de los particulares, es evidente que no desaparece el *deterrent effect* en el caso de los particulares. Así lo recuerdan numerosas sentencias, y entre ellas la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional número 20/2018, de 17 de mayo, dictada en el caso Gürtel, recuerda que el *deterrent effect* no es exclusivo hacia las autoridades, sino que cualquier ciudadano que busca acopiar datos probatorios para su incorporación a una causa penal ha de percibir que no podrá valerse de lo que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de los derechos fundamentales de un tercero.

Por otro lado, es ilustrativa la sentencia número 311/2018, de 27 de junio, de la Sala Segunda, que acordó la inadmisión de la prueba ilícita por entender que el particular que la había obtenido actuó como un instrumento de los agentes de la Guardia Civil. En este caso, los acusados lo eran por un delito de cohecho, y el denunciante y testigo grabó una conversación incriminatoria con una grabadora que le proporcionó la Guardia Civil. El Tribunal consideró ilícita la prueba de la grabación, inadmisibile de acuerdo con el art. 11.1 LOPJ. El Supremo argumentó que el testigo fue un mero instrumento del Estado, y aludió al efecto disuasorio (*deterrent effect*) de la norma. Asimismo, hizo una anotación interesante al afirmar que "*la nulidad que afecta a la generación de actos probatorios adquiere un sentido especial -aunque no el único - cuando se trata de actos generados en el mismo proceso*" (FJ 1.2). Es decir, la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de pruebas adquiere especial relevancia de hacerse durante el procedimiento.

Especialmente recalable es la sentencia de la Sala Segunda número 489/2018, de 23 de octubre. El procedimiento se dirigía frente al empleado de una empresa por apropiación indebida. El susodicho había sido apoderado, secretario del consejo de administración y gerente de la entidad en virtud de un contrato de alta dirección. Al detectar irregularidades, la empresa llevó a cabo un análisis de los correos electrónicos del acusado. Se consideró que la entidad, a pesar de haber llevado a cabo ciertas medidas (presencia de notario durante el análisis y selección de correos mediante un programa informático específico) vulneró el derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE, ya que el empleado no había asumido, al menos no de manera explícita, la obligación de usar el ordenador en exclusiva para actuaciones de la empresa. Tampoco había sido expresamente advertido de la facultad de la empresa de acceder a su cuenta de correo electrónico.

La discusión acerca de los criterios empleados por nuestra jurisprudencia para entender vulnerado un derecho fundamental como el que se trataba en este caso podría dar para una larga disertación, pero no es el objeto de este trabajo. Lo que interesa aquí es el análisis posterior a haber determinado que sí que hubo una vulneración de un derecho fundamental. Por lo tanto, una vez establecido que el derecho fundamental a la intimidad fue efectivamente vulnerado por la empresa, el Supremo entró a analizar si tal actuación queda afectada por la prohibición contenida en el art. 11.1 LOPJ. Aludía, como el resto de sentencias aquí analizadas, al *deterrent effect*, y al hecho de que estando ante la obtención de prueba por un particular el art. 11.1 LOPJ ha de jugar de manera más flexible. El Tribunal hizo dos observaciones que le llevaron a concluir la inadmisibilidad de la prueba: en primer lugar, la intención que tenía esta de aportar los correos que obtuviera a un procedimiento penal, y en segundo lugar, señaló la relación empresario-trabajador como un hecho diferenciador. Afirma que la existencia de esta relación implica un matiz diferencial que introduce algún desequilibrio y no permite hablar de plena horizontalidad.

A raíz de este análisis, podemos sacar varias conclusiones y proyectar el destino de la prueba ilícita en los supuestos que aquí interesan.

Hasta ahora, como reconoce el Supremo en la sentencia de la "lista Falciani", son abrumadoramente mayoritarias las decisiones que optan por la exclusión de la prueba obtenida por un particular. Aunque, matiza, "*no faltan supuestos en los que la ausencia de toda finalidad de preconstitución probatoria por parte del particular que proporciona las pruebas, lleva a la Sala a admitir la validez de la prueba cuestionada*" (FJ 6). Da la sensación de que se abre una brecha en la imperturbabilidad del art. 11.1 LOPJ cuando los particulares obtengan prueba sin pretender hacerlo. Sobre cómo afectará esto a nuestro supuesto, requiere atender a tres aspectos concretos.

En primer lugar, la relevancia de que la empresa es un particular. Es evidente que una entidad es un particular, por lo que, de conformidad con todo lo expuesto, estamos ante un caso que despertará más dudas que si la prueba hubiera sido aportada por las autoridades. Esto se debe al *deterrent effect*, que si bien es aplicable a los particulares igualmente –como nos recuerda la mencionada sentencia de la Audiencia Nacional–, el efecto no será el mismo si el particular no actuaba como un instrumento al servicio del Estado.

En segundo lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, entraría en juego la intencionalidad de la empresa al haber obtenido la prueba. Hemos visto cómo la intención de utilizar el hallazgo en un procedimiento penal, entre otros aspectos, convierte en inadmisibile la prueba ilícitamente obtenida. Esto presenta dos problemas para las empresas: el primero consiste en la realidad de la razón detrás de las investigaciones, pues muy frecuentemente la intención es precisamente hallar prueba para aportarla a un procedimiento. El segundo problema se deriva del primero, y es que, en caso de no haber sido aquél nunca el objeto de la investigación, probar este extremo es muy complejo.

En tercer lugar, cabe preguntarse lo siguiente ¿hasta qué punto será la empresa considerada como un particular cualquiera? Hemos visto que hay matices que hacen de una mercantil un tipo de particular, valga la redundancia, *particular*. El TS ya deja caer en su ya vista sentencia número 489/2018, de 23 de octubre, que la relación entre un empleado y su empleador no es enteramente horizontal. Esto entraría en conexión directa con uno de los

criterios de ponderación: el equilibrio y la igualdad entre las partes. Se podría entender que el hecho de que el empresario se esté dirigiendo contra su empleado con prueba obtenida ilícitamente supone una efectiva vulneración de las garantías del procedimiento de los arts. 24.2 CE y 14 CE. A esto se le suma que, al estar en el ámbito penal, los criterios de admisión de prueba se endurecen, no pudiendo admitirse determinadas pruebas que, si bien serían válidas en un procedimiento laboral, en el orden penal no tienen cabida. Esto puede verse, entre otras, en la sentencia del TS número 528/2014, de 16 de junio.

IV. CRÍTICA

A la luz de este recorrido jurisprudencial vemos cómo la prohibición de incluir prueba ilícita en un procedimiento ha pasado de ser una garantía necesaria con base en la posición preferente de los derechos fundamentales en el procedimiento, a ser plasmada como tal en una ley orgánica, para después ser desprovista —a manos de nuestros tribunales— de la autonomía que le concedía el art. 11.1 LOPJ, con argumentos que defienden que su origen está en una necesidad de provocar un efecto disuasorio de conductas ilícitas de autoridades y particulares para obtener prueba.

Hay tres posibles críticas que se pueden hacer a esta doctrina afianzada por nuestro TC.

En primer lugar, aunque evidente, es imprescindible aludir al tenor literal del art. 11.1 LOPJ. Como se ha expuesto en el primer apartado, el art. 11.1 LOPJ zanjó el asunto y estableció la estricta prohibición de incluir prueba ilícita en cualquier proceso, sin vincular esta prohibición a ningún otro precepto. El mandato es bien claro. Sin embargo, en su sentencia de 1998, analizada en el primer apartado, el TC hizo la sorprendente afirmación de que la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de una prueba *puede* vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías. Incido en esta palabra: *puede*. Es decir, no debe o vulnera, tal y como se deduce del tenor literal del art. 11.1 LOPJ, sino que sostiene el TC que *puede* vulnerarlo. Esto choca frontalmente con la que parece que era la intención del legislador al incluir esta prohibición en la LOPJ. Precisamente, el hecho de incluir pruebas ilícitas en un procedimiento, en sí mismo y sin más ayuda, *vulnera* el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. No *puede* vulnerar, sino que *vulnera*.

Más adelante, en la conocida sentencia de la "lista Falciani", el Supremo sorprende con la reflexión acerca de necesidad de interpretar el art. 11.1 LOPJ de manera flexible, afirmando que este precepto aconseja huir de interpretaciones rígidas y estereotipadas. Así el Supremo en un momento despoja al art. 11.1 LOPJ de su rigidez, que es necesariamente intrínseca a su contenido.

Posteriormente el TC sigue la misma senda, e incluso peor, pues despoja a esta garantía de su condición constitucional, afirmando que esta garantía, prevista en legislación ordinaria, es perfectamente posible ponderar su contenido en función del caso concreto.² Afirma el TC que "*ha de partirse de la premisa de que a este Tribunal corresponde velar por el respeto a los derechos fundamentales, no sustituir a los órganos del Poder Judicial*

²

ASENCIO MELLADO, J.M. (2019), *Descanse en paz la prueba ilícita*, Diario La Ley, N° 9499, Sección Tribuna, 16 de Octubre de 2019, Wolters Kluwer

en la interpretación de la legalidad ordinaria" (FJ 5). El TC avala la interpretación del Supremo del art. 11.1 LOPJ, que supedita la eficacia de este precepto a la vulneración del art. 24.2 CE. Esta interpretación no tiene cabida en el tenor del art. 11.1 LOPJ. Es más, interpretar que esta garantía está supeditada a una circunstancia adicional se podría decir incluso que es expresamente opuesto a lo previsto en el art. 11.1 LOPJ.

En segundo lugar, independiente de lo acertado o desacertado de la interpretación que realiza el Constitucional es el hecho de que no le corresponde a este tribunal la determinación del alcance o los límites de esta garantía, pues ni es su competencia, ni se trata de una garantía creada por él mismo.³

El TC recorre los cambios que ha sufrido esta doctrina, las "fases". Acto seguido, pasa a inclinarse por la teoría que introduce el TC en 1998, consistente en la conexión de antijuridicidad. Parece insinuar que la legitimidad que les ampara para interpretar el precepto de esta manera es que la garantía es de origen jurisprudencial, pues fue creada por el Tribunal Constitucional. No obstante, el TC, y de conformidad con su propia resolución de 1984, no creó la garantía, sino que esta garantía era ínsita al sistema de derechos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, lo que hizo el TC fue declararlo, reconocerlo. Como consecuencia, no compete a este órgano ni el desarrollo ni la delimitación del alcance y el contenido de esta garantía.

Como es bien sabido, de acuerdo con el art. 81 CE, corresponde al legislador mediante ley orgánica el desarrollo de los derechos fundamentales. En consonancia con este mandato, la LOPJ desarrolla las garantías procesales derivadas de nuestra Constitución. Así se expresa en la exposición de motivos de la LOPJ, que dice en su apartado V: "*[c]on esta nueva organización judicial, necesitada del desarrollo que llevará a cabo la futura Ley de planta y demarcación judicial –que el Gobierno se compromete a remitir a las Cortes Generales en el plazo de un año–, se pretende poner a disposición del pueblo español una red de órganos judiciales que, junto a la mayor inmediatez posible, garantice sobre todo la realización efectiva de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, entre ellos, destacadamente, el derecho a un juicio público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías*".

El art. 11.1 LOPJ, con rango de ley orgánica, desarrolla precisamente las garantías procesales derivadas del art. 24.2 CE. No corresponde, por tanto, al TC hacer las veces de legislador, delimitando una garantía prevista en nuestro ordenamiento con rango de ley orgánica. El TC ha anulado de facto la eficacia de un precepto, sin haberlo reconocido como inconstitucional, caso del cual estaríamos en otra situación. Por tanto, si el precepto es constitucional –y no cabe duda de que es un claro reflejo de nuestra Constitución– el TC no debería entrar a limitar su alcance.⁴

En tercer y último lugar, la interpretación que hace el TC de la LOPJ se basa en una doctrina anterior –la de 1984– que venía a decir lo contrario de lo que ahora pretende sostener el TC. De manera que los argumentos que se emplearon en su día para definir esta garantía son ahora referidos consiguiendo el efecto de degradarlo.

³ Vid. ASECIO MELLADO, J.M. (2019)

⁴ Vid. ASECIO MELLADO, J.M. (2019)

En esta sentencia, como he expuesto a lo largo del artículo, el TC puso en conexión la garantía –aun sin cuerpo legal– con la vulneración de los derechos procesales reconocidos en el art. 24.2 CE. El TC afirmó que no existía un derecho constitucional a la prueba ilícita. Es cierto, no existía. Pero también deja bien claro que el origen de esta necesidad de nulidad radical de la prueba ilícita es intrínseco a nuestro sistema de derechos fundamentales. Afirma bien claro 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 CE) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 CE), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro*" (FJ 5). Por tanto, aunque en 1984 no existiera un derecho constitucional a inadmitir la prueba ilícita, e incluso aunque se refiriera el TC al efecto disuasorio, es evidente que el núcleo de esta garantía era otro⁵, y que la introducción en un proceso de prueba ilícita vulnera en sí mismo las garantías propias al proceso.

Parece lógico entender que el Tribunal Constitucional, a la hora de definir la garantía que ahora recoge la LOPJ, tuviera que acudir a los derechos fundamentales para justificarla, pues ahí está su origen, precisamente. El TC no contaba con precepto legal que sostuviera la inadmisión de prueba ilícita, más allá de la naturaleza de nuestro sistema de derechos fundamentales. Por ello, más lógico aún es que los derechos consagrados por esta garantía sean los de los arts. 24.2 y 14 CE. No obstante, una vez constituida la garantía en ley orgánica, gozando de autonomía y suficiencia, no se entiende que desde el TS y el TC se exija una conexión *adicional* con estos preceptos por dos razones: la primera, porque después de 1985 ya hay una previsión legal que cristaliza esta conexión, y la segunda se debe a que la conexión con el art. 24.2 CE y el art. 14 CE es innata a la garantía procesal contemplada por el art. 11.1 LOPJ. Exigir, por tanto, esta conexión, es redundante, pues la conexión nace en cuanto se admite una prueba obtenida de manera ilícita, sin más exigencia.

En este sentido, el TC llega a afirmar que la exclusión de la prueba ilícita no deriva de la vulneración del derecho fundamental en sí, sino que ha de entenderse únicamente en conexión con el derecho fundamental del art. 24.2 CE. En otras palabras, no es excluible una prueba por haber vulnerado un derecho fundamental, sino por haber causado desigualdad y desequilibrio en el proceso, haciéndolo injusto en el sentido del art. 24.2 CE. Esta afirmación puede resultar extremadamente peligrosa, pues despoja al art. 11.1 LOPJ de todo su sentido, contenido y alcance, limitando la exclusión probatoria al subjetivo y debatible criterio del órgano enjuiciador. Una garantía objetiva se convierte entonces en una garantía sujeta a parámetros de ponderación tan opinables y abstractos que desaparece toda la seguridad jurídica proporcionada por la clarísima redacción del art. 11.1 LOPJ.

La vulneración de los derechos fundamentales necesariamente ha de implicar la nulidad de la prueba, por lo que la conexión es automática, y no ha de demostrarse de ningún modo. La valoración de prueba que ha sido obtenida de manera ilícita vulnera en sí misma los derechos fundamentales, sin más discusión. Toda prueba ilícita vulnera un derecho fundamental, y toda vulneración de un derecho fundamental en el seno de un procedimiento conlleva la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

⁵ Vid. SIMARRO PEDREIRA, M. (2020)

La mera admisión de prueba ilícita es ya una conexión con la garantía procesal. La garantía procesal, en sí misma, es la no admisión de la prueba obtenida mediante vulneración de derechos fundamentales. ¿Cuál es, si no, el sentido del art. 11.1 LOPJ? Se queda vacío de contenido, no servirá para nada. La prueba ilícita lleva existiendo mucho tiempo, es cierto, y se pone en conexión con el art. 24.2 CE porque, evidentemente está relacionado con él. La necesidad de poner en conexión con este precepto es anterior al 11.1 LOPJ, una vez admitida esta conexión, cualquier prueba ilícita vulnera los derechos del art. 24.2 CE. Y eso es precisamente lo que vino a hacer el art. 11.1 LOPJ. Después de formalizar esta prohibición en la LOPJ, ya sí que carece de todo sentido hacer una ponderación, pues ya ni siquiera es necesario relacionarlo con el 24.2 CE, pues el legislador se ha encargado de dejarlo recogido y aportar la seguridad jurídica que las garantías procesales requieren. El art. 11.1 LOPJ debería de haber zanjado toda duda y debate en relación con la admisibilidad de la prueba ilícita.

Resulta paradójico que el mismo razonamiento que llevó a incluir el art. 11.1 LOPJ sea el que sirve ahora para destruir su efectividad.

De la misma manera, el TC –al igual que el TS– trae a colación el ya mencionado *deterrent effect*, justificando las limitaciones a esta garantía con base en esta teoría. El efecto disuasorio es el núcleo del argumentario que ha permitido esta deriva jurisprudencial.

Si bien es cierto que en la sentencia de 1984 se mencionó esta teoría, se hacía de pasada. El TC en aquella primera sentencia no basaba la garantía aquí tratada en el efecto disuasorio. Al contrario, el TC ponía en el centro la posición preferente de los derechos fundamentales como origen y necesidad de esta garantía. Ahora, sin embargo, el TC recurre a la sentencia de 1984 a la vez que basa su razonamiento para limitar los efectos del art. 11.1 LOPJ en un origen de esta garantía que es a todas luces posterior.⁶

V. CONCLUSIÓN

De acuerdo con todo lo expuesto, hay una certeza que se alza sobre todas las demás: estamos ante un escenario en el que la ponderación y valoración más o menos subjetiva del juzgador delimitará la garantía del art. 11.1 LOPJ, en el que las intenciones de la empresa, el alcance y la intensidad de la vulneración, y el contenido de la prueba en sí ejerce un papel principal en la decisión.

El art. 11.1 LOPJ ha sido víctima de una degradación y se ha visto desprovisto de su eficacia autónoma, llevándonos a un terreno de cierta inseguridad jurídica y mucha incertidumbre.

La situación actual conduce a la posibilidad de que el juicio de ponderación sea regido por la arbitrariedad y la discrecionalidad, quedando en el aire múltiples interrogantes sin resolver. ¿Cómo definir si un particular actúa en nombre del Estado? ¿Cómo definir el desequilibrio y la desigualdad, y determinar si el particular vulnerador obtiene una ventaja procesal? ¿Cómo definir cuándo y con qué intensidad se afecta al núcleo de los derechos fundamentales?

⁶

Vid. SIMARRO PEDREIRA, M. (2020)

La prohibición de aportar prueba ilícita se supedita ahora a la discutible conexión de antijuridicidad. Esto no es un hecho negativo en sí mismo, pero en este caso hay que ponerlo en relación con el tenor literal de la garantía que se está queriendo ponderar, que no admite modulaciones ni limitaciones, y es muy clara en cuándo procede la prohibición de la prueba ilícita. Esto es, siempre.

Lo relevante es que el TS y el TC han flexibilizado las garantías previstas en el art. 11 LOPJ, abriendo la puerta a un amplio abanico de posibles excepciones en cuanto a vulneración de derechos fundamentales se trata.