

**DIMENSIONES CONSTITUCIONALES DE LAS
INVESTIGACIONES INTERNAS CORPORATIVAS:
EXPECTATIVAS DE PRIVACIDAD EN LA EMPRESA E
ILICITUD DE LA PRUEBA OBTENIDA POR
PARTICULARES**

Prof. Dr. Rafael Alcácer Guirao

ÍNDICE

I. COMPLIANCE Y POLÍTICA CRIMINAL	2
II. LAS INVESTIGACIONES INTERNAS: PREVENCIÓN Y GARANTÍAS	6
III. DELIMITACIÓN, PONDERACIÓN Y LÍMITES AL CONTROL EMPRESARIAL	11
IV. EXPECTATIVAS DE PRIVACIDAD EN LA EMPRESA. EL TEST BARBULESCU Y SUS EXÉGESIS	16
<i>1. Estándares sobre la expectativa razonable de privacidad</i>	<i>16</i>
<i>2. ¿Es realmente posible eliminar toda expectativa razonable de privacidad en la empresa?.....</i>	<i>22</i>
<i>3. Una exégesis razonable sobre la quiebra de expectativas de privacidad.....</i>	<i>26</i>
<i>4. A vueltas con el secreto de las comunicaciones: ¿un enjuiciamiento constitucional solo penal?.....</i>	<i>32</i>
V. LAS INVESTIGACIONES INTERNAS Y LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA: INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LA DOCTRINA FALCIANI	37
<i>1. La doctrina Falciani</i>	<i>37</i>
<i>2. ¿Hasta dónde llega la restricción del artículo 11 LOPJ? Posibilidades de interpretación de la doctrina Falciani.....</i>	<i>39</i>
<i>2.1. Tesis estricta: la conducta lesiva del particular ha de estar enmarcada en una actuación policial.....</i>	<i>39</i>
<i>2.2. Tesis intermedia: prueba obtenida de propósito por un particular</i>	<i>43</i>
	1

2.3. Casos indudablemente excluidos de la doctrina Falciani: licitud de las pruebas obtenidas por azar	46
2.4. ¿Tesis amplia? Supuestos en que el particular actúa con el objetivo “indirecto” de conseguir prueba	48
3. La doctrina Falciani en las investigaciones internas. Posiciones doctrinales	51
4. Consideraciones críticas a la exégesis restrictiva de la exclusión de pruebas de particulares	57
4.1. La progresiva restricción de la regla de exclusión probatoria	57
4.2. A vueltas con el fundamento de la regla de exclusión probatoria	61
4.3. Crítica a la tesis estricta (I): ¿una ilicitud probatoria solo penal?	64
4.4. Crítica a la tesis estricta (II): errores de importación	66
4.5. Crítica a la tesis estricta (III): contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional	67
5. Elogio y refutación de la tesis intermedia	68
6. ¿Identidad de trato entre agente público y privado? (I) Actuación sin ánimo de obtener prueba	69
7. ¿Identidad de trato entre agente público y privado? (II) La excepción de la buena fe	73
8. Un paso más: la tesis extensiva	76
9. La regla de exclusión en las investigaciones internas	77
9.1. Investigaciones preventivas y reactivas	77
9.2. Cuando el Estado se apropia de la prueba	79
10. La prueba favorable a la inocencia	80
BIBLIOGRAFÍA	83
JURISPRUDENCIA UTILIZADA	89
TRIBUNAL SUPREMO (SALA SEGUNDA)	89
TRIBUNAL SUPREMO (SALA CUARTA)	89
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	90

DIMENSIONES CONSTITUCIONALES DE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS CORPORATIVAS: EXPECTATIVAS DE PRIVACIDAD EN LA EMPRESA E ILICITUD DE LA PRUEBA OBTENIDA POR PARTICULARES

*Prof. Dr. Rafael Alcácer Guirao **

I. COMPLIANCE Y POLÍTICA CRIMINAL

En el vigente sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el presupuesto de la atribución de responsabilidad viene determinado por la calidad preventiva y reactiva frente al delito del modelo de organización interna implantado en la empresa¹: tal como es asumido por la práctica totalidad de la doctrina y la jurisprudencia -más allá de controversias dogmáticas, y más allá de si el énfasis se pone en la “cultura” o en la “estructura”²-, para imponer las sanciones previstas a la empresa será condición necesaria la acreditada existencia de un defecto de organización que haya favorecido -o no dificultado- la comisión de la conducta delictiva por su empleado o directivo³. En palabras de la STS 894/2022, de 11 de noviembre, “para hablar del fundamento de esa responsabilidad exigible a la persona jurídica (...), es preciso partir de la constatación de algún defecto estructural en los mecanismos de prevención y control que le fueran exigibles por razón de su organización tendentes a los fines a que se orienta su actividad”.

Dicho modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica responde a una determinada estrategia político-criminal -y, en última instancia, a una determinada concepción sobre la relación entre el Estado y la empresa⁴-, dirigida a incentivar coercitivamente a las empresas a ejercer funciones de prevención de delitos dentro de su propia

* Profesor titular de Derecho penal en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

¹ Para simplificar la exposición, nos referiremos a continuación indistintamente a la persona jurídica y a la empresa.

² Véase GALÁN MUÑOZ, 2021, *passim*; GALÁN MUÑOZ, 2023, pp. 20 ss.; CIGÜELA SOLA, *InDret* 2019, pp. 10 ss.

³ Las referencias doctrinales son innumerables. Entre muchos, véase FEIJÓO SÁNCHEZ, 2011, pp. 81 ss., 104 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, 2023; GALÁN MUÑOZ, 2023; GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, pp. 271 ss.

⁴ Basado en el tránsito de un Estado prestacional a un Estado garante (Véase FEIJÓO SÁNCHEZ, 2011, p. 68; SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 241; MONTANER FERNÁNDEZ, 2020, p. 100) o un *regulatory capitalism* (NIETO MARTÍN, 2013, p. 13).

organización, haciendo descansar sobre las propias entidades determinadas funciones de prevención y detección de los delitos que puedan cometerse en su seno y en su beneficio⁵. Bajo esta “red descentralizada de policía”, la persona jurídica se convierte “en un delegado de prevención de los delitos que se cometan en su seno”, debiendo asumir esa “nueva función de agente de control”, que se manifiesta en la implantación eficaz de los modelos de prevención y gestión de riesgos delictivos en que consisten los sistemas de cumplimiento normativo⁶. Expresado en otros términos, el *compliance* es un mecanismo mediante el que “la función policial de prevención directa de los delitos que puedan cometerse en las empresas, al igual que la función de policía judicial de los delitos cometidos en aquellas, es asumida y financiada por las personas jurídicas titulares”⁷.

La delegación de tales funciones de control a la empresa por parte del Estado, así como la misma responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha venido enmarcada bajo el fenómeno institucional de la “autorregulación regulada”⁸, caracterizado precisamente por dicho cambio de modelo consistente en el desplazamiento desde el Estado hacia las empresas de funciones de vigilancia, control y reacción de conductas antinormativas⁹. El Estado efectúa una “transferencia de responsabilidades” sobre la persecución del delito¹⁰, dejando en manos de la libertad organizativa de la empresa el diseño de las medidas dirigidas a esa función de vigilancia¹¹ (por eso es autorregulada); pero

⁵ Afirma en este sentido SILVA SÁNCHEZ, 2023, p. 12, que el establecimiento de un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas constituiría una de las posibles estrategias “para incentivar que las personas jurídicas adopten medidas de neutralización de la peligrosidad delictiva de las empresas de las que son titulares”. Véase también, entre otros, AYALA GONZÁLEZ, 2020, p. 274 s.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 241-242. No es inhabitual acudir a la noción de la función de policía cuando se describen los fines y requisitos del *compliance* empresarial. Véase ALCÁCER GUIRAO, 2013, p. 1 ss.; VILLEGAS GARCÍA/ENCINAR DEL POZO, 2020, p. 230.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, 2023, p. 12-13. Véase también CIGÜELA SOLA, 2019, p. 5: “La existencia misma del *compliance* como instrumento de prevención parte de la presunción de que la corporación como estructura organizativa juega algún papel en los delitos que se puedan cometer con ocasión de la actividad empresarial: en mi opinión, se pide aquí a las organizaciones que desarrollen una estructura preventiva y no facilitadora de los posibles delitos que se puedan cometer en su seno”.

⁸ FEJÓO SÁNCHEZ, 2011, p. 69, vinculando la autorregulación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas; SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 100; CIGÜELA SOLA/ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2020, p. 74; ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2021, pp. 485 ss.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 100. Sobre la autorregulación y su relación con los programas de *compliance*, véase, por ejemplo, GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008, pp. 267 ss.

¹⁰ Véase VILLEGAS GARCÍA/ENCINAR DEL POZO, 2020, pp. 231 ss., citando a Alldridge.

¹¹ ALONSO GALLO, 2011, pp. 149-150, matiza la caracterización de ese modelo como de “autorregulación”, en el entendimiento de que la empresa no hace sino intentar el cumplimiento

impondrá las correspondientes sanciones -penales o administrativas- en caso de incumplimiento de tales deberes de control y vigilancia (por eso es regulada)¹².

Con carácter general, la razón de ser de esta opción político-criminal es clara: partiendo del presupuesto de que la organización empresarial puede conllevar un efecto criminógeno¹³, resulta más eficiente que sea la propia empresa la que directamente se involucre en la remoción de esos factores criminógenos, y despliegue labores de vigilancia, prevención y detección de los delitos cometidos en su seno, a que lo haga directamente la Administración de justicia, por cuanto no solo se halla más próxima a los hechos que se cometen en su entorno de actividad¹⁴, sino que, además, tales labores de control resultan ya consustanciales a la propia actividad empresarial, en aras a asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales¹⁵.

En coherencia con esa suerte de “privatización” de la función estatal de prevención¹⁶, la doctrina ha trasladado la clásica discusión sobre los fines de la pena al ámbito de la autorregulación empresarial, suscitándose la controversia de cuál deba ser la estrategia más adecuada que la propia empresa pueda desplegar para prevenir *ad intra* la criminalidad corporativa. Así, por algunos autores se destaca la función disuasoria que, al modo de la prevención general de intimidación, han de ejercer las medidas de vigilancia y control sobre los integrantes de

de normas emanadas del Estado. Sin duda, el Estado no abdica de su función legiferante, pero sí delega en la libertad organizativa de las empresas el desarrollo de normativa interna reflejo de aquéllas, así como la concreción de los sistemas de prevención frente al delito (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2011, p. 69). Una acepción parcialmente diferente a la de este autor maneja MONTANER FERNÁNDEZ, 2020, p. 100, con la noción de autorregulación normativa, refiriéndose al amplio aparato de *soft law* desarrollado en torno al *compliance*.

¹² Sintéticamente, ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2021, p. 487: con el concepto de “autorregulación regulada” “se hace referencia a aquellas situaciones en las que el ordenamiento jurídico otorga libertad de organización, pero se reserva el derecho al control, bien *ex ante facto*, bien *ex post facto*, bien a través de ambos”.

¹³ CIGÜELA SOLA/ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2020, p. 75.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2021, pp. 472 ss.; SILVA SÁNCHEZ, 2023, p. 10: “ciertamente puede calificarse a la empresa económica como un ‘estado de cosas peligroso’”.

¹⁴ VILLEGAS GARCÍA/ENCINAR DEL POZO, 2020, pp. 230 ss.

¹⁵ Así, el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores regula las facultades de “dirección y control de la actividad laboral”, disponiendo que el empresario “podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”. En este sentido GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, p. 233; GONZÁLEZ URIEL/GADEA FRANCÉS, 2023, p. 10.

¹⁶ NIETO MARTÍN, 2011 A: “los programas de cumplimiento constituyen una extraña hibridación de público y privado, de Estado y mundo corporativo” (p. 13); “el *compliance* (...) supone la privatización de una función pública tan importante como es la del control de la criminalidad” (p. 23). En igual sentido, por ejemplo, AYALA GONZÁLEZ, 2020, p. 275; GONZÁLEZ URIEL/GADEA FRANCÉS, 2023, p. 15.

la organización. Se señala, así, que “el *compliance* de detección manifiesta el ejercicio de funciones de policía judicial, mediante las que se pretende reforzar la coacción psicológica dirigida a los directivos y empleados”, incrementando con ello “la certeza de la sanción penal de aquellos” y, con ello, “también el efecto preventivo de las penas con las que se les amenaza”¹⁷. Frente a ello -o junto a ello-, la función de los *compliance* se vincula mayoritariamente al desarrollo de una cultura de cumplimiento¹⁸, teniendo como propósito primordial -según la Fiscalía General del Estado- “promover una verdadera cultura ética empresarial”¹⁹. Al modo de la prevención general positiva -en sus diferentes versiones²⁰, los sistemas de *compliance* no buscarían tanto disuadir coercitivamente a empleados y directivos, como inculcar valores de respeto a las normas y fomentar prácticas y dinámicas culturales de fidelidad al Derecho²¹.

Ahora bien, ya se priorice la perspectiva disuasoria, ya la de fomento de valores, los programas de cumplimiento no podrán prescindir de las finalidades básicas de vigilancia, detección y reacción sancionatoria²², para cuya consecución resultarán decisivas las investigaciones

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, 2023, p. 12. Sostiene también la necesidad de acudir a mecanismos propios de la prevención de intimidación, tanto *ad intra* (empresa a empleados) como *ad extra* (Estado a administradores), ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2021, pp. 556-557; 558-559.

¹⁸ Véase, FEJÓO SÁNCHEZ, 2023, pp. 160 s.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2023, pp. 4 ss., destacando además su implantación en la jurisprudencia. Destaca también ese giro TEJADA PLANA, 2023, p. 337, poniendo de relieve que “cada vez resulta más claro que un enfoque de *compliance* basado puramente en la disuasión y en modelos de control (*command-and-control compliance*) va cediendo terreno a favor de otros modelos basados más en valores (*value-based compliance*) en donde los patrones conductuales que conforman la cultura de *compliance* deben ser objeto de seguimiento por parte de la función de *compliance*”.

¹⁹ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 20.

²⁰ Desde la concepción ético-social de Welzel (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 100: “la cultura del *compliance* se enmarca en la tradición de aquella variante de la prevención general positiva que hunde sus raíces en la doctrina de Welzel sobre el fomento de los valores éticos-sociales de la acción como vía de protección indirecta de los bienes jurídicos”) hasta las teorías de la estabilización normativa (FEJÓO SÁNCHEZ, 2023, p. 2 ss., si bien refiriéndose a la prevención Estado-empresa).

²¹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2021, p. 555, resalta esa controversia aludiendo a la tendencia “a considerar que el cumplimiento normativo se aviene mejor con la idea de cultura que con las técnicas de vigilancia y control. Se contraponen de este modo una noción de ‘cultura’ (de cumplimiento), que se aproxima a las nociones de virtud y convencimiento personal acerca de la adecuación del cumplimiento, a un modelo más tradicional de prevención, el disuasorio o de prevención general negativa, basado en las ‘técnicas de vigilancia y control’”.

²² Así, MONTANER FERNÁNDEZ, 2020, p. 101: “Aunque sea un modelo basado eminentemente en valores o, por el contrario, un modelo que priorice la vigilancia, las medidas de gestión que se incorporen atenderán a los que podrían denominarse los pilares del *compliance*. A saber: la prevención, la detección y la reacción”. En similar sentido, ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2021, p. 548: “tanto la conducta ética como la cultura corporativa se entienden como

internas, debiendo integrarse como parte esencial del contenido e implementación de los programas de cumplimiento²³.

II. LAS INVESTIGACIONES INTERNAS: PREVENCIÓN Y GARANTÍAS

Es, de hecho, el Código Penal (CP) el que en la actualidad condiciona el valor eximente o atenuante de los programas de *compliance* a la introducción de las investigaciones internas²⁴. Así, se exige como condición para eximir de responsabilidad que con anterioridad a la comisión del delito se haya adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de gestión que incluya medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (art. 31bis.2, 1º y art. 31bis.4). Idéntica exigencia dispone, con efectos atenuatorios, el art. 31 quater CP. Junto a ello, la previsión contemplada en el art. 31bis.5, 5º CP de que los modelos de gestión de la persona jurídica deban incluir un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las normas internas, presupone lógicamente la articulación de un sistema de detección de tales infracciones. Asimismo, la relevancia de un sistema de investigación interno se refleja también en la circunstancia atenuante que contempla el artículo 31 quater, b, relativa a la colaboración en la investigación del hecho con posterioridad a su comisión, aportando pruebas nuevas y decisivas. Ciertamente, las posibilidades de que la persona jurídica pueda acometer esa labor de colaboración dependerán en buena medida de la previa implementación de un sistema de investigación interno eficaz.

De ese modo, herramientas como el control de los medios TIC proporcionados por el empresario para el desempeño laboral, la monitorización de las comunicaciones, la videovigilancia del entorno laboral o, por otra parte, la existencia de un canal de denuncias o las entrevistas

herramientas para cumplir el objetivo de prevención de delitos, pero no como finalidades con entidad propia”, concluyendo (p. 556), que “antes que una contraposición entre los modelos preventivos basados en la disuasión y los modelos de prevención basados en incentivos positivos o de corte prosocial (como el convencimiento personal o la consideración otorgada a la opinión de otros miembros del grupo), estamos ante una unión de ambos”.

²³ Así, NIETO MARTÍN, 2013 A, p. 25; NIETO MARTÍN, 2013 B, pp. 46-48; ALCÁCER GUIRAO, 2013; GÓMEZ MARTÍN, 2013, p. 125 s.; JULIÀ-PIJOAN, 2021, pp. 321 ss.; AYALA GONZÁLEZ, 2022, p. 282.

²⁴ Puede decirse que la modificación del artículo 31 bis operada con la reforma de 2015 redujo el grado de autorregulación en el ámbito de los *compliance* penales; o, i se prefiere, incremento el componente de autorregulación *regulada*. Véase al respecto NIETO MARTÍN, 2020, p. 18, destacando que mientras el 31 bis en su reforma del 2010, bajo la laxa expresión del debido control, dejaba total autonomía a las empresas para determinar los contenidos de los programas de cumplimiento, el art. 31 bis de 2015 “se inmiscuye mucho más en la forma en que ha de establecerse la autorregulación”, calificándolo como la “*metarregulación de la autorregulación*”.

con empleados, conformarán pilares irrenunciables de todo programa de cumplimiento para la indagación y detección de la posible comisión de un delito corporativo en el seno de la empresa, lo que a su vez posibilitará a la persona jurídica ya la colaboración con la Administración de justicia que normativamente se espera de ella –con la consiguiente aplicación de las citadas circunstancias de exención o atenuación de responsabilidad-, ya la alternativa de obtener los elementos de juicio necesarios para, llegado el riesgo de ser imputada, optar por ejercer su derecho a no declarar contra sí misma y no confesarse culpable o bien por aportar tales hallazgos como medios de prueba para acreditar su ausencia de responsabilidad²⁵.

Al igual que la actividad estatal de prevención y detección de delitos, las investigaciones corporativas pueden menoscabar los derechos de las personas sometidas a las mismas. Es más, esa “alianza estratégica” entre la empresa y el Estado que conlleva este sistema, en el que la persona jurídica asume funciones de policía, generará *prima facie* mayores cotas de vulnerabilidad para los derechos y garantías procesales de las personas físicas, en la medida en que la investigación en la empresa se lleva a cabo al margen del proceso penal y, por ello, sin control judicial²⁶.

Por ello, y de modo semejante a como se plantea en la discusión sobre la legitimidad del *ius puniendi*, a la hora de establecer y desarrollar esa actividad de investigación en la empresa será necesario alcanzar un equilibrio entre *prevención y garantías*, entre la eficacia preventiva demandada por el Código Penal y los derechos fundamentales de los empleados, que se erigen, así, en dique a la actividad de *compliance* empresarial²⁷. Ello plantea la necesidad de buscar fórmulas que, en

²⁵ Aun con distintas denominaciones, la doctrina –tanto la penalista como la laboralista– suele distinguir entre dos tipos básicos de controles o investigaciones internas: aquellas que se realizan periódicamente para testar la adecuación del programa de *compliance* (preventivas o de auditoría) y aquellas que se realizan previa existencia de sospechas o indicios de conductas ilícitas y con la finalidad de hallar pruebas y confirmar (o refutar) tales indicios. Al respecto, véase DESDENTADO BONETE/MUÑOZ RUIZ, 2012, pp. 184 ss.; NIETO MARTÍN, 2015, pp. 232 (auditorías e investigaciones internas); ESTRADA I CUADRAS/LLOBET ANGLÍ, 2013, pp. 200-201 (denominándolas como perspectiva *ex ante* y *ex post*); ALCÁCER GUIRAO, 2016, n.m. 168g (preventiva y reactiva); COLOMER HERNÁNDEZ, 2019, pp. 611-612 (preventivas, confirmatorias o defensivas). Las consideraciones que se realizan en el texto se proyectan en especial sobre estas últimas. Desde otra perspectiva, es relevante también la distinción que realiza AYALA GONZÁLEZ, 2022, p. 276, entre investigaciones *ad intra* y *ad extra*.

²⁶ NIETO, 2013 B., pp. 46, 48.

²⁷ Sobre el papel de los derechos de los trabajadores como límite a las investigaciones internas, la bibliografía es extensísima. Puede verse, entre otros, GÓMEZ MARTÍN, 2013, pp. 125 ss.; ESTRADA I CUADRAS/LLOBET ANGLÍ, 2013, pp. 201 ss.; ALCÁCER GUIRAO, 2013, *passim*; PEÑARANDA, 2022, pp. 2 ss.

todo o en parte, permitan incorporar las garantías del proceso penal a la práctica de las investigaciones internas.

Ciertamente, la discusión sobre la protección de los derechos fundamentales en el ámbito empresarial no es algo privativo del *compliance* penal, sino que deriva ya de las relaciones verticales entre el empresario y los trabajadores y, en particular, en la facultad del primero para fiscalizar el cumplimiento de la prestación laboral, tal como se refleja en la propia normativa laboral. Así, el Estatuto de los Trabajadores (ET) atribuye al empresario facultades de supervisión sobre la actividad de los empleados, pudiendo “adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales” (art. 20.3 ET). De modo más específico, regula el artículo 18 ET la posibilidad de que, dentro de tales facultades de supervisión, el empresario pueda realizar registros “sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo”. Por su parte, se prevé también la facultad del empleador de realizar reconocimientos médicos sobre los trabajadores a fin de verificar el estado de salud del trabajador que haya sido alegado para justificar la falta de asistencia (art. 20.4 ET), así como la utilización de dispositivos de videovigilancia y geolocalización (art. 20 bis)²⁸.

Pero tales facultades no podrán ser irrestrictas, sino que deberán conciliarse con los derechos de los empleados. Así, el propio art. 20.3 ET establece a continuación que la adopción y aplicación de tales medidas de supervisión deberán guardar la consideración debida a la dignidad de los trabajadores. De igual modo, el artículo 18 ET regula los registros en taquillas y efectos particulares como una facultad excepcional para el empresario, afirmando un principio de inviolabilidad de la persona del trabajador y estableciendo dos límites: de una parte, que “sólo podrán realizarse... cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores”; de otra, que en su realización habrá de respetarse al máximo la dignidad e intimidad del trabajador, debiendo además estar presente un representante legal de los trabajadores.

En definitiva, la propia legislación laboral establece, aun de modo genérico, la necesidad de establecer un equilibrio entre las facultades de supervisión del empresario y el respeto a los derechos fundamentales de los empleados. De igual modo que una protección absoluta y sin

²⁸ Sobre las facultades de control del empresario, véase DESDENTADO BONETE/MUÑOZ RUIZ, 2012, pp. 45 ss.

excepciones de tales derechos anularía las posibilidades del empleador de supervisar la prestación de la actividad laboral y, con ello, del propio ejercicio de la iniciativa empresarial, un control ilimitado socavaría de modo desproporcionado la libertad de actuación de los trabajadores.

En efecto, solo un razonable equilibrio entre la eficacia de las investigaciones internas y el respeto a los derechos fundamentales de los empleados permitirá establecer un modelo eficiente de cumplimiento normativo. Un sistema de cumplimiento desequilibrado hacia uno u otro lado de la balanza, ya el de la eficacia, ya el de las garantías, conllevará gravosos costes para la persona jurídica²⁹. Así, un modelo que maximice el respeto a los derechos fundamentales puede caer en la ineficacia preventiva, lo que conllevará el riesgo de que se impute a la empresa un control indebido -un “ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control” (art. 31 bis, 2, 4^o)- y, con ello, la responsabilidad penal por el delito cometido en su beneficio. Por su parte, un sistema de cumplimiento que, en el afán de extremar la eficacia, menoscabe los derechos fundamentales de sus empleados conllevará, además de costes reputacionales o laborales (demandas por despidos nulos o improcedentes), también costes específicamente penales: de una parte, la posible nulidad de los medios de prueba aportados a un proceso penal por su ilicitud *ex* artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ); de otra, la eventual atribución de responsabilidad por la comisión de un delito de descubrimiento y revelación de secretos.

Dos relevantes pronunciamientos de la Sala Segunda han mostrado con claridad tales consecuencias negativas. En relación con el aludido riesgo de ilicitud de la prueba obtenida por la empresa, la sentencia del Tribunal Supremo (STS) 489/2018, de 23 de octubre, casa la sentencia de instancia y anula la condena impuesta a un directivo por delito de apropiación indebida y cuyo soporte probatorio estaba basado en hallazgos obtenidos en un conjunto de correos electrónicos extraídos de su ordenador corporativo. Tras un exhaustivo análisis sobre la vulneración del derecho a la intimidad y la aplicación de la regla de exclusión probatoria a las lesiones de derechos cometidas por particulares -sobre lo que volveremos *infra*-, la sentencia concluye que la prueba utilizada para condenar se había obtenido ilícitamente por la empresa, al haber accedido a los correos del directivo sin autorización, y anula, como decimos, la condena.

Como anticipábamos, otro de los riesgos que puede afrontar una persona jurídica -o sus administradores- como consecuencia de una

²⁹ ALCÁCER GUIRAO, 2016, nn.mm. 1697 ss.

investigación interna en la que se vulneren los derechos de privacidad de los trabajadores es ser acusada -y, eventualmente, condenada- por la comisión de un delito de revelación de secretos (art. 197 CP). Conductas como el acceso no consentido al contenido de los correos electrónicos de un empleado, la apertura de archivos privados en un ordenador o la grabación subrepticia de la voz o la imagen de los trabajadores en su actividad profesional, entre otras medidas de vigilancia que podría ser utilizadas por la empresa, reunirán *prima facie* los requisitos típicos del delito de descubrimiento y revelación de secretos, al constituir una vulneración intencional de la intimidad³⁰. La Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Supremo 328/2021, de 24 de abril, constituye un buen ejemplo de esos riesgos³¹. En palabras de la propia Sala Segunda, el supuesto de hecho enjuiciado constituía “un ejemplo paradigmático de esa fricción generada por el derecho del trabajador a su propia intimidad y la facultad del acusado [el empresario] de fiscalizar el uso adecuado de los elementos productivos puestos a disposición de su empleado”.

Sintéticamente expuestos, los hechos son los siguientes: El acusado, propietario y administrador de la empresa, había proporcionado a un trabajador un ordenador y una cuenta corporativa de correo electrónico. Las contraseñas y direcciones de correos corporativos eran conocidas por los demás trabajadores, que, en ausencias o periodos vacacionales, entraban en los de otros compañeros, para consultar o reenviar correos, si resultaba necesario para el desempeño de su actividad. Debido a la caída de la cifra de negocio y a determinadas reclamaciones de clientes relativas a obras en las que no participaba la mercantil, el empresario sospechó que un trabajador pudiera estar sustrayendo materiales de la empresa, por lo que en julio del año 2013, accedió al ordenador del trabajador y a su correo corporativo, lo que repitió en meses posteriores, accediendo además al correo personal del trabajador, que éste había instalado en el ordenador, e imprimiendo determinados mensajes y correos electrónicos enviados o recibidos, que posteriormente aportó como prueba documental en las diligencias previas iniciadas por querrela del acusado contra el trabajador por la comisión de delitos continuado de hurto y otros.

La Sala Segunda confirma la condena impuesta al empresario por delito de descubrimiento y revelación de secretos ante el acceso al correo electrónico del trabajador. En su recurso de casación, el em-

³⁰ Sobre ello, véase, por ejemplo, AGUSTINA SANLLEHÍ, 2009, pp. 150 ss., y *passim*.; GÓMEZ MARTÍN, 2013, p. 140.

³¹ Sobre dicha sentencia, más ampliamente, ALCÁCER GUIRAO, 2021, pp. 989 ss.; GÓMEZ MARTÍN, 2022, pp. 1167 ss.; AGUSTINA SANLLEHÍ, 2022, pp. 371 ss.

presario alegó la indebida inaplicación de las eximentes de error de prohibición y legítima defensa, así como la indebida aplicación del artículo 197 CP, argumentando, de una parte, la ausencia de dolo, por cuanto no se actuó para descubrir los secretos de otro o vulnerar su intimidad, sino para investigar su comportamiento ilícito; y aduciendo, de otra parte, que en todo caso la injerencia era proporcionada, pues concurrían en ella los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad³². En su respuesta desestimatoria, el Tribunal Supremo pone el acento en el hecho de que el empresario no solo accedió a correos electrónicos de la cuenta corporativa, sino también a un programa de correo personal que el trabajador había instalado en el ordenador; y en que no consta acreditado ni el consentimiento del trabajador ni tampoco un posible acuerdo o advertencia previa, plasmada en contrato o convenio, que permitiera “*exclure cualquier expectativa de privacidad*” por parte del trabajador. La afirmación de dicha expectativa de privacidad determina la existencia, en el caso concreto, de un derecho fundamental a la intimidad del que sería titular el trabajador, cuya vulneración dio lugar, en consecuencia, a la aplicación del delito previsto en el artículo 197 CP.

No pretendo abordar todas las cuestiones que rodean la teoría y práctica de las investigaciones internas. La finalidad del trabajo consistirá únicamente en intentar dar respuesta a una serie de cuestiones de índole constitucional que, a mi entender, precisan de un mayor desarrollo doctrinal. Concretamente, dividiré el trabajo en dos grandes bloques. En primer lugar, me ocuparé de la determinación y concreción del derecho a la intimidad en la empresa, de su concurrencia en el caso concreto y de las posibilidades de desaparición de las expectativas de privacidad. En segundo lugar, me ocuparé de las aludidas consecuencias procesales que pueden derivarse de la vulneración de los derechos de privacidad de los empleados, profundizando en el contenido y alcance de la regla de exclusión probatoria en la llamada “doctrina Falciani”.

III. DELIMITACIÓN, PONDERACIÓN Y LÍMITES AL CONTROL EMPRESARIAL

Como acabamos de poner de manifiesto, los derechos fundamentales de los trabajadores -en particular, aquellos relacionados con la privacidad (art. 18 CE), sobre los que centraré mi exposición- constituyen un límite a la acción investigadora del empresario. Por ello, la primera cuestión

³² Lo que permitiría argumentar la existencia de un estado de necesidad. Véase por ejemplo GÓMEZ MARTÍN, 2013, p. 139 s.

a resolver será si en el caso concreto concurre un derecho fundamental y cuál es su alcance, pues solo entonces podrán trazarse los márgenes de actuación de dicha actividad empresarial. En efecto, elementales exigencias de seguridad jurídica aconsejan que esos márgenes estén bien definidos. Solo una vez determinando con claridad el contenido de los derechos fundamentales en juego, la empresa tendría claras las alternativas: la vigencia en el caso concreto de un derecho fundamental impediría *prima facie* toda injerencia en el mismo; y su menoscabo conllevaría, como hemos visto, tanto la imposibilidad de utilizar los hallazgos obtenidos en un proceso judicial como el riesgo de incurrir en un delito contra la intimidad. Por su parte, la inexistencia en el caso concreto de tal pretensión de privacidad permitiría a la empresa un acceso prácticamente irrestricto a los contenidos de los ordenadores de los empleados.

La cuestión se desdobra en dos aspectos interconectados. El primero atañe a la interpretación constitucional sobre la concretización de los derechos fundamentales; el segundo remite al interrogante de si puede desaparecer completamente la vigencia del derecho fundamental a la intimidad en virtud de los acuerdos contractuales entre empresa y trabajador. En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo acabada de citar, si es posible “excluir cualquier expectativa de privacidad” en la empresa.

La determinación del contenido de los derechos fundamentales en la empresa remite directamente a la interpretación constitucional de los conflictos entre derechos fundamentales. En el fondo de la controversia sobre el alcance de las investigaciones internas late indudablemente la necesidad de ponderar diversos intereses en juego, dotados todos de relevancia constitucional: de una parte, los derechos de los empleados (intimidad, secreto de las comunicaciones, propia imagen, datos, etc.); de otra, el derecho del empresario al control de la prestación laboral y a la protección del patrimonio societario, así como también -contemplado desde el *compliance* penal- el derecho de defensa de la propia persona jurídica frente a riesgos de imputación penal, así como, en última instancia, la propia finalidad de persecución de delitos que el Estado pone en manos de la empresa. Por ello, los criterios de solución en el ámbito empresarial no podrán distar de aquellos que ha desarrollado el Tribunal Constitucional para dirimir los conflictos entre derechos fundamentales.

En esta discusión -y simplificando mucho sus términos- conviven dos perspectivas teóricas enfrentadas; expresado sintéticamente: de-

limitación frente a ponderación³³. Para el primer sector doctrinal, partidario de una concepción estricta de los derechos fundamentales, las normas que recogen derechos constituyen reglas, y los (aparentes) conflictos entre ellas se resuelven a partir de la *delimitación* conceptual de los respectivos contenidos protegidos. Desde esta perspectiva, las colisiones entre derechos serían, en efecto, meramente aparentes, puesto que si la conducta constituye ejercicio legítimo de un derecho fundamental entonces no hay colisión posible con otro derecho; el contenido respectivo de los derechos operaría al modo de círculos tangentes. Frente a esa concepción “anticonflictivista”³⁴, para otro amplio sector los derechos constituyen principios -mandatos de optimización, en la ya clásica formulación de Alexy-, pudiendo existir, así, solapamientos entre sus respectivos contenidos no determinados a priori -verdaderos conflictos o colisiones entre derechos- que deben resolverse por vía de ponderación a partir del principio de proporcionalidad y en función de las circunstancias del caso concreto.

La aspiración a una delimitación taxativa sobre el contenido de los derechos fundamentales la proporcionaría en mayor medida la primera concepción doctrinal, con arreglo a la cual sería posible determinar a priori la existencia o inexistencia de un derecho en un determinado supuesto de hecho, sin hacer depender la concreción de su vigencia, frente a otro interés en conflicto, de un juicio ponderativo dependiente del conjunto de circunstancias del caso concreto. No obstante, no debemos llamarnos a engaño sobre esas posibilidades de concreción. Por mucho que pueda definirse conceptualmente el contenido del ejercicio de un derecho, y por mucho que pueda entenderse como una regla, la subsunción del supuesto de hecho en dicha regla no podrá eludir el análisis de las circunstancias del caso concreto. Expresado en otros términos, por más que puedan establecerse con carácter previo las condiciones de ejercicio legítimo del derecho -sus límites inmanentes-, en la práctica la concreción del contenido de los derechos dependerá de una necesaria aproximación a las circunstancias fácticas, lo que impedirá una fijación apriorística -en el programa de cumplimiento y los protocolos de utilización de herramientas como el correo electrónico- de sus márgenes de protección.

Donde sí puede establecerse una diferencia relevante entre ambas concepciones es en el interrogante que adelantábamos, referido a la posibilidad de que la expectativa de privacidad pueda llegar a

³³ Sobre lo que a continuación se menciona en el texto, me permito remitir a ALCÁCER GUIRAO, 2020, pp. 163 ss., con amplias referencias bibliográficas. Véase, además, en profundidad, MALDONADO MUÑOZ, 2021, *passim*.

³⁴ MALDONADO MUÑOZ, 2021, pp. 19 ss.

desaparecer completamente en función de la relación entre empresario y trabajador. Así, mientras una concepción estricta de los derechos permitiría establecer un conjunto de criterios a partir de los que fijar una delimitación negativa del derecho -fijando de antemano los supuestos en los que no podría predicarse esa expectativa de privacidad-, una concepción amplia tendría más dificultades para ello, al establecer el contenido protegido del derecho solo tras un ejercicio de ponderación a partir de las circunstancias del caso concreto³⁵.

En la práctica, la doctrina constitucionalista -y, con mayor claridad, los Tribunales de garantías como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos- opera con un criterio de interpretación de los derechos que aúna ambas vertientes: delimitando categorialmente un núcleo de protección conformado por los elementos definitorios -positivos o negativos- del derecho y admitiendo, además, un círculo más amplio de mayor indeterminación en el que el conflicto con otros derechos o bienes constitucionales puede ser más complejo de resolver al ser precisa una ponderación tomando en cuenta todas las circunstancias del caso concreto³⁶.

Trasladando este criterio al análisis de los riesgos que puede verse sometida la empresa ante la posible vulneración de derechos de los trabajadores³⁷, esa interpretación en dos pasos -delimitación y ponderación- permite acomodarse mejor, a mi modo de ver, a los criterios de resolución de los conflictos entre derechos en el seno de la teoría jurídica del delito³⁸. Así, una conducta que se enmarque en el núcleo de protección del derecho fundamental -o, inversamente, que quede inequívocamente fuera del marco protegido del derecho en liza- habrá de considerarse atípica -pues, como reiteradamente afirma el Tribunal Constitucional, “es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (STC 177/2015, de 22 de julio)-. Una vez que abandonamos ese núcleo y

³⁵ Crítico en esta línea con la inseguridad que genera la concepción basada en la ponderación, DESDENTADO BONETE/MUÑOZ RUIZ, 2012, pp. 22-23, 24, 40.

³⁶ La descripción de ese doble criterio efectuada por DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 117, es particularmente gráfica: “la concepción dominante del contenido de los derechos fundamentales no traza una distinción neta entre lo incluido y lo excluido, sino que tiende a ver los derechos fundamentales, más bien, como el conjunto del núcleo de certeza y el halo de incertidumbre: este es amplio, tiene contornos difusos, y abarca todas las situaciones potencialmente cubiertas por el valor o bien jurídico proclamado; aquél es más reducido y comprende solo aquellas situaciones que el ordenamiento inequívocamente protege como derecho fundamental”.

³⁷ Las siguientes consideraciones pueden encontrarse también en ALCÁCER GUIRAO, 2022, pp. 993 ss.

³⁸ Ampliamente sobre ello, FERNÁNDEZ PERALES, 2021.

entramos en la zona de protección *prima facie*, tal protección deberá concretarse -confirmarse o rechazarse- a partir de un juicio basado en criterios de proporcionalidad, valoración propia de las causas de justificación. En este ámbito, incluso excesos en el ejercicio de un derecho que puedan menoscabar el derecho en conflicto podrían merecer la aplicación de una eximente, o de una eximente incompleta, en función de parámetros como la finalidad perseguida, la necesidad de la conducta para tal fin, la intensidad en la injerencia en el derecho menoscabado o la gravedad de los hechos presuntamente delictivos que son objeto de investigación.

También en el ámbito procesal es relevante esa forma de abordar los conflictos entre derechos. Como afirma la STS 489/2018, de 23 de octubre, antes citada, “tras la teoría de la prueba ilícita late como en tantas materias en el mundo del derecho una ponderación de valores en conflicto”. De ese modo, la decisión sobre la aplicación de la regla de exclusión probatoria del artículo 11 LOPJ no podrá resolverse solo a partir de una aproximación categorial a los respectivos contenidos de los derechos que puedan estar en juego entre empresa y empleado, sino que será preciso acudir a parámetros de proporcionalidad. Así, casos inequívocamente claros de ausencia de injerencia en el derecho fundamental -por ser manifiesta la inexistencia de una expectativa de privacidad para el trabajador- permitirán excluir de antemano la ilicitud de las fuentes de prueba obtenidas. No obstante, la injerencia ilegítima en los derechos a la intimidad o el secreto de las comunicaciones obligará a modular el alcance de sus consecuencias procesales en función de los criterios que conforman la doctrina de la conexión de antijuridicidad desarrollada por el Tribunal Constitucional a partir de la STC 81/1998, de 2 de abril; criterios que no son sino parámetros de proporcionalidad.

En definitiva, los conflictos que pueden surgir entre el derecho de la empresa a velar por su patrimonio y su derecho de defensa, de un lado, y los derechos de los empleados, de otro, exigen un análisis en dos pasos: en primer lugar, delimitar el contenido de los derechos en juego, a fin de establecer la existencia de una expectativa de privacidad que permita afirmar o descartar la vigencia del derecho fundamental en el caso concreto -y la consiguiente pretensión de respeto-. En segundo lugar, y en los casos en que sí pueda afirmarse esa expectativa de privacidad, será también necesario analizar la proporcionalidad de la injerencia, a fin de determinar (el grado de) la antijuridicidad de la conducta y sus consecuencias jurídicas tanto sustantivas (art. 197 CP) como procesales (art. 11.1 LOPJ). Dicho de otro modo: primero debe determinarse el contenido del derecho, para así analizar si la conducta

en cuestión menoscaba su ámbito protegido; después, y cuando tal sea el caso, deberá enjuiciarse si esa injerencia resulta o no proporcionada a las concretas circunstancias. Así, puede darse la circunstancia de que el marco de actuación en que se realiza la actividad de control por parte de la empresa ni siquiera esté amparado por el derecho a la intimidad; supuesto en el que no existirá realmente una colisión de derechos. Pero habrá también casos en que pueda concluirse que, pese a que tal actividad afecte al ámbito de tutela del derecho, tal afectación puede considerarse legítima en el caso concreto, por no resultar desproporcionada³⁹.

IV. EXPECTATIVAS DE PRIVACIDAD EN LA EMPRESA. EL TEST BARBULESCU Y SUS EXÉGESIS

1. Estándares sobre la expectativa razonable de privacidad

Como anticipábamos, esa concepción en dos fases de la resolución de los conflictos entre derechos es acogida tanto por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como por la del Tribunal Constitucional (TC). No obstante, a mi modo de ver pueden trazarse algunas diferencias que, aun siendo de grado antes que de fondo, pueden resultar relevantes para el tema que nos ocupa. A este respecto, cabe afirmar que mientras el TC español -así como el Tribunal Supremo- ha venido poniendo el peso en el criterio de delimitación de los derechos como vehículo para resolver el fondo del conflicto, el Tribunal de Estrasburgo ha puesto más énfasis en la ponderación, limitando el uso del previo criterio de la delimitación (negativa) a cláusula genérica de inadmisión de demandas. Veremos que ello planteará algunos problemas de interpretación.

Comenzando por los tribunales españoles, su concepción sobre los derechos de privacidad en la empresa -particularmente en lo relativo al uso del ordenador corporativo- ha venido presidida por la introducción de criterios de delimitación negativa, dirigidos a concretar cuándo debe considerarse desaparecida toda expectativa razonable de privacidad. De hecho, la evolución de esa jurisprudencia ha consistido en ir progresivamente limitando tales criterios, con la consiguiente

³⁹ Véase con carácter general DÍEZ-PICAZO, 2008, pp. 115 ss. Vid. también DESDENTADO BONETE/MUÑOZ RUIZ, 2012, pp. 40 ss., quienes acogen ese doble análisis escalonado y reprochan con razón a la jurisprudencia que no los distinga, entrando directamente a adoptar un juicio de ponderación. Como afirman estos autores, “antes de entrar en la ponderación y en la eventual aplicación del principio de proporcionalidad es necesario determinar si realmente se ha producido una situación de conflicto entre los derechos en concurrencia, lo que exige precisar con claridad cuál es el contenido protegido por el correspondiente principio”.

reducción de la esfera de privacidad.

En esas etapas de progresivo vaciamiento de la privacidad en la empresa, podemos comenzar por invocar la STS (Sala de lo Social) de 26 de septiembre de 2007, en la que se establecía que para considerar decaída toda expectativa de privacidad es precisa la concurrencia de dos requisitos cumulativos: tanto que el empresario haya establecido una prohibición de uso personal del ordenador como que, además, se haya advertido expresamente a los trabajadores de que los ordenadores están siendo monitorizados o, más en general, que se han establecido concretas medidas de control sobre su uso. Lo afirmaba en los siguientes términos, estableciendo nítidamente esa delimitación negativa del derecho, previa a cualquier ejercicio de ponderación:

“Lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado una expectativa razonable de intimidad”.

Esa concepción se mantiene en la Sala de lo Social⁴⁰ hasta la sentencia de 6 de octubre de 2011, en la que el Tribunal -con un voto particular firmado por cinco magistrados- reduce los criterios exigibles para albergar una expectativa razonable de privacidad: con arreglo a dicho giro jurisprudencial, bastará para que esa expectativa de privacidad decaiga con que el empresario haya establecido una prohibición de uso personal, y sin que sea preciso exigir, además el expreso aviso de fiscalización. Más allá de dicho cambio de criterio, resulta inequívoca una aproximación delimitadora o “anticonflictivista” a las colisiones entre derechos. Así, cuando afirma que

“si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas

⁴⁰ Mantiene todavía esa línea la STS de 8 de marzo de 2011.

condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad”.

O, con más claridad aún, cuando destaca la inexistencia de un conflicto de derechos:

“En el caso del uso personal de los medios informáticos de la empresa no puede existir un conflicto de derechos cuando hay una prohibición válida. (...) La prohibición determina que ya no exista una situación de tolerancia con el uso personal del ordenador y que tampoco exista lógicamente una “expectativa razonable de confidencialidad”.

El criterio acogido por esta última sentencia fue avalado por el TC en su sentencia 241/2012, de 17 de diciembre, desestimando el recurso de dos trabajadoras con el argumento nuclear de que “no existiendo una situación de tolerancia a la instalación de programas y, por ende, al uso personal del ordenador, no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado, que era de acceso totalmente abierto y además incurría en contravención de la orden empresarial”.

Un paso más en la reducción del ámbito de ejercicio de la privacidad en el ámbito de la empresa lo da la STC 170/2013, de 7 de octubre, según la que bastará para hacer decaer toda expectativa de intimidad que en el convenio colectivo del sector de actividad se prevea una prohibición para fines distintos de la prestación laboral de los medios informáticos propiedad de la empresa, sin necesidad de que en el concreto lugar de trabajo o la concreta empresa haya advertido o concretado esa prohibición. La introducción al problema que efectúa el Tribunal es expresiva de la perspectiva metodológica acogida:

“La controversia a resolver versa, por tanto, sobre la necesaria delimitación de bienes e intereses de relevancia constitucional en el marco de las relaciones laborales: los derechos del trabajador a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (arts. 18.1 y 18.3 CE) y el poder de dirección del empresario”.

Y, como anticipábamos, esa controversia la resuelve el TC sobre la premisa de una prohibición genérica de uso para fines privados establecida en el convenio colectivo sectorial, concluyendo que esa

prohibición basta para eliminar la existencia de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, sin necesidad de ponderar otros factores del caso concreto⁴¹:

“(C)abe entender también en el presente supuesto que no podía existir una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por el trabajador a través de la cuenta de correo proporcionada por la empresa y que habían quedado registradas en el ordenador de propiedad empresarial. La expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe [arts. 5 a) y 20.2 y 3 LET]. En el supuesto analizado la remisión de mensajes enjuiciada se llevó pues a cabo a través de un canal de comunicación que, conforme a las previsiones legales y convencionales indicadas, se hallaba abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario; sometido en consecuencia a su posible fiscalización, con lo que, de acuerdo con nuestra doctrina, quedaba fuera de la protección constitucional del art. 18.3 CE”.

Frente a esa metodología de delimitación del contenido del derecho en función de los términos en que interaccionan el trabajador y la empresa, el TEDH acoge un método esencialmente ponderativo para la resolución del conflicto. Como decíamos, tras un poco exigente filtro de admisión sobre la concurrencia de un derecho en el caso concreto, el conflicto se resuelve a partir del mayor “peso” que, en el caso concreto, tengan los intereses en juego, a partir de un juicio de proporcionalidad.

Ello se evidencia en la forma en que el Tribunal europeo resolvió el asunto *Barbulescu*, tanto en su primera sentencia desestimatoria, de 12 de enero de 2016, como, en particular, en la sentencia de la Gran Sala

⁴¹ Es cierto que dicha sentencia, en relación con el derecho a la intimidad -no, sin embargo, con relación al secreto de las comunicaciones- introduce unas consideraciones adicionales sobre la proporcionalidad de la injerencia en los correos electrónicos del trabajador. Pero esas consideraciones son, en rigor, completamente innecesarias una vez que previamente se ha descartado la existencia de una expectativa de intimidad y, por tanto, la posibilidad de menoscabo del derecho fundamental.

de 5 de septiembre de 2017 que, modificando el pronunciamiento de la sección, concluyó afirmando la vulneración del derecho a la vida privada (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos [CEDH]).

El asunto tiene su origen en la demanda interpuesta por un trabajador contra las resoluciones de los tribunales rumanos que confirmaron su despido disciplinario por haber utilizado para fines personales el programa Yahoo Messenger en el ordenador proporcionado por la empresa pese a la existencia de una prohibición expresa de uso para tales cuestiones privadas. El hallazgo tuvo lugar tras la monitorización por la empresa de las comunicaciones del trabajador a través de dicho programa, realizadas con el fin de verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

La primera sentencia concluyó que no se había producido una vulneración del artículo 8 CEDH. Elevado a la Gran Sala, la sentencia de 2017 concluye que los tribunales nacionales rumanos no ponderaron debidamente los intereses en juego, por lo que se declara vulnerado el derecho a la vida privada del demandante. Seis magistrados firmaron un voto disidente en el que se opusieron a la conclusión de la mayoría.

En el primer paso analítico, consistente en determinar si concurre un derecho fundamental que pudiera invocar el trabajador frente a la acción indagatoria de la empresa, el TEDH concluye que, pese a que al trabajador se le había comunicado personalmente y en varias ocasiones la prohibición de utilizar las aplicaciones informáticas para fines privados -informándole también del despido de otro trabajador por la infracción de esa prohibición-, no puede negarse la existencia de una expectativa razonable de privacidad. Para arribar a esa conclusión, el Tribunal pondera también la circunstancia de si, además, el trabajador había sido informado con antelación de la posible monitorización de sus comunicaciones, si bien manifiesta que no queda acreditado ese extremo.

La razón por la que la Gran Sala estima finalmente la demanda de Bogdan Mihai Bărbulescu es por entender que los tribunales nacionales no tomaron en cuenta debidamente una serie de elementos de ponderación, que el Tribunal europeo establece como patrones vinculantes de proporcionalidad. Esos criterios son los siguientes:

1. Si se ha informado al empleado de la posibilidad de monitorización o supervisión de las comunicaciones con antelación a su práctica.
2. La amplitud de la monitorización, analizando si se ha accedido solo a los flujos de las comunicaciones o también a su contenido, si ha sido a todas o solo algunas de las comunicaciones, el

tiempo de duración y el número de personas que tuvo acceso al contenido de las comunicaciones del trabajador objeto de vigilancia.

3. Si el empresario ha justificado la supervisión en razones legítimas, debiendo éstas ser más relevantes cuanto mayor sea la injerencia.
4. Si hubiera sido posible establecer un sistema de supervisión basado en métodos y medidas menos intrusivos, que el acceso directo al contenido de las comunicaciones del empleado.
5. Las consecuencias de la vigilancia para el trabajador sujeto a ella, y la utilización que hizo el empresario de sus resultados.
6. Si al empleado se le han proporcionado medidas de protección adecuada, dirigidas a asegurar que el empresario no podrá acceder al contenido de las comunicaciones a menos que el trabajador haya sido notificado previamente de esa posibilidad.

Los citados criterios de interpretación son, en buena medida, una concreción de los escalones habituales del principio de proporcionalidad: fin legítimo, necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad en sentido estricto. De cualquier modo, lo que resulta más destacable de dicha sentencia es que introduce un estándar más riguroso sobre la vigencia de una expectativa razonable de privacidad que el que venía manteniendo el TC⁴². La duda que surge, no obstante, es dónde situar ese estándar.

Como hemos visto, la sentencia establece claramente que el solo hecho de que el trabajador fuera informado de que existía una prohibición de uso privado de los equipos informáticos no es suficiente para eliminar la expectativa de privacidad. Es más, ni siquiera una *comunicación personal, reiterada y con advertencia de las consecuencias de la infracción* -que es lo que se daba en el caso concreto- sería suficiente para eliminar dicha expectativa. Ya solo este punto de partida impone un estándar superior al que acogía la STC 170/2013, para la que, como vimos, bastaba con una prohibición genérica en el convenio colectivo, sin necesidad de información personal, para eliminar la cobertura del derecho a la privacidad.

⁴² La Sala de lo Social del Tribunal Supremo parece rechazar esa conclusión, considerando que el estándar *Barbulescu* no añade nada a la doctrina de la STC 170/2023 (véase STS 119/2018, de 8 de febrero). Más atinado me parece el juicio de la STS (Sala Segunda) 56/2022, de 24 de enero, cuando asevera que la doctrina de la STC 170/2013 fricciona con la mantenida por el TEDH en el caso *Barbulescu*. En igual sentido se ha pronunciado la doctrina laboralista. Véase, por ejemplo, DELGADO JIMÉNEZ, 2018, pp. 174.

A partir de la sentencia de la Gran Sala, la conclusión es que será necesario *algo más* que esa comunicación personal y reiterada sobre la prohibición de uso personal para eliminar toda expectativa de privacidad. Lo que no está tan claro es qué más se necesita. Yendo un paso más allá, lo cierto es que ni siquiera resulta claro si, con la doctrina del TEDH, es realmente factible que esa expectativa llegue a desaparecer. Planteemos este interrogante a continuación⁴³.

2. ¿Es realmente posible eliminar toda expectativa razonable de privacidad en la empresa?

La duda surge, en particular, a tenor de un críptico pasaje con el que la sentencia de la Gran Sala concluye sus reflexiones acerca de la existencia en el caso concreto de un derecho a la privacidad. Después de preguntarse “si -y, en caso afirmativo, en qué medida- las normas restrictivas del empresario dejaban al demandante con una expectativa razonable de intimidad”, la sentencia asevera que

“(s)ea como fuere, las instrucciones de un empresario no pueden reducir a cero la vida social privada en el lugar de trabajo. El respeto de la vida privada y de la intimidad de la correspondencia sigue existiendo, aunque puedan restringirse en la medida en que sea necesario”.

Si nos tomamos esa afirmación en su literalidad, tendríamos que llegar a la conclusión de que con arreglo al TEDH siempre estará vigente un derecho a la privacidad, y que las restricciones establecidas por el empresario no podrían llegar a eliminarlo por completo. Dicho de otro modo, ni los poderes de dirección del empresario, ni el consentimiento, implícito o expreso, prestado por el trabajador con la aceptación verbal o escrita de restricciones al uso de los medios tecnológicos de producción y de su potencial y periódica monitorización, podrían eliminar tal expectativa de privacidad, la cual podría, por tanto, ser siempre invocada por el empleado como barrera y límite a la supervisión del empresario.

¿Es esa la forma correcta de interpretar la doctrina del TEDH? Así ha sido interpretada, de hecho, por algún autor, considerando que una de las novedades más relevantes de la doctrina Barbulescu es precisamente “que no cabe una prohibición absoluta de usos no laborales de los dispositivos digitales o tecnológicos, porque éstos tienen una inexorable ‘vertiente social’”⁴⁴. Con menor contundencia,

⁴³ Ese interrogante se planteaba ya en ALCÁCER GUIRAO, 2022, pp. 995 ss.

⁴⁴ MOLINA NAVARRETE, 2018, p. 153.

pero en línea semejante, se ha afirmado también que, con arreglo al Tribunal de Estrasburgo, “la existencia de reglas internas en las empresas que prohíban el empleo de los medios informáticos con fines privados es un dato indicativo, pero no necesariamente concluyente para romper la expectativa razonable de privacidad del trabajador”, debiendo valorar siempre la medida de control empresarial atendiendo al test de proporcionalidad⁴⁵.

Lo cierto es que ya la jurisprudencia española acogía planteamientos semejantes, al menos en su formulación teórica, cuando se destacaba la existencia de “un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores”; tolerancia que “crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos”⁴⁶. De igual modo, la más reciente STS (Sala Segunda) 489/2019, antes citada, parecería rechazar la imposibilidad de eliminar esa expectativa de privacidad cuando asevera que “los usos sociales admiten en algún grado y según los casos, como se ha dicho, el empleo para fines personales, creándose así un terreno abonado para que germine una expectativa fundada de privacidad que no puede ser laminada o pisoteada”.

Y así podría llegar a interpretarse también, al menos desde una lectura descontextualizada, el artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores⁴⁷, que dispone lo siguiente:

“Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

Si se asume dicha exégesis, y se concluye con ello que los derechos de privacidad en la empresa no pueden ser completamente eliminados, la consecuencia sería -desde la óptica metodológica que nos ocupa- prescindir de antemano del paso de la delimitación negativa del derecho (pues no existirían factores que pudieran llegar a hacer desaparecer la expectativa de privacidad) y partir siempre de la vigencia en el caso concreto de un derecho cuya injerencia solo será legítima en

⁴⁵ DELGADO JIMÉNEZ, 2018, p. 176.

⁴⁶ STS (Sala Cuarta) de 26 de septiembre de 2007, antes citada.

⁴⁷ Introducido por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales.

función de un juicio de ponderación basado en los referidos criterios de proporcionalidad, con el consiguiente incremento de inseguridad jurídica antes aludido. Por otra parte, ello implicaría también que el derecho al secreto de las comunicaciones nunca podría ser legítimamente menoscabado por el empresario, puesto que para ello la Constitución (artículo 18.3 CE) impone en todo caso una previa autorización judicial. En esa línea parece moverse, de hecho, la tesis planteada por la STS 528/2014, de 16 de junio, sobre la que después volveremos.

Llevada a ese extremo, esa concepción resulta, a mi juicio, inasumible. De una parte, la asunción de esos planteamientos implicaría poco menos que convertir el derecho a la intimidad en un derecho prestacional, deviniendo la empresa obligada, en consecuencia, a asegurar las condiciones para que la existencia de un ámbito de intimidad frente a la mirada del empresario se haga real y efectivo⁴⁸.

De otra parte, con carácter de principio es indudable que, como viene reiterando el Tribunal Constitucional⁴⁹, los derechos fundamentales del artículo 18 CE -como todo derecho fundamental- son disponibles por su titular, por lo que nada ha de obstar a que el consentimiento del empleado sobre los términos de uso de los medios de producción establecidos por el empresario conlleve la desaparición de toda expectativa de privacidad, toda vez que, como también reitera el Tribunal Constitucional, “corresponde a cada persona acotar el ámbito de in-

⁴⁸ Así parecía entenderlo, de hecho, el voto particular emitido a la STC 241/2012 (firmado por D. Fernando Valdés Dal Re y al que se adhirió Dña. Adela Asua Batarrita), en el que, bajo la idea de que el artículo 18.3 CE amparaba no solo el secreto sino también la libertad de las comunicaciones, se venía a concluir que esa libertad no podía cercenarse por el empresario: “La libertad de las comunicaciones, y no sólo su secreto, integra así el título de cobertura que desencadena la tutela constitucional: el derecho fundamental enunciado en el art. 18.3 CE. Lo que supone, proyectado al ámbito que nos ocupa, que el trabajador en la empresa tiene reconocido, como ciudadano portador de un patrimonio de derechos que no desaparecen con ocasión de la contratación laboral, un ámbito de libertad constitucionalmente consagrado (el derecho de libertad de comunicaciones), sin perjuicio de las eventuales y posibles modalizaciones adoptadas por el empresario o de las regulaciones efectuadas por la negociación colectiva del uso de los medios tecnológicos existentes en la organización empresarial (...). Por consiguiente y desde la perspectiva del derecho a la libertad de comunicaciones del art. 18.3 CE, las órdenes limitativas del uso, incluso privado, de esas herramientas, podrán ser en ocasiones contrarias a aquel derecho fundamental. Y es que el contrato de trabajo no incomunica al trabajador, instalándose, en la organización empresarial en la que presta servicios, en una situación de soledad hacia el exterior; y, de su lado, la titularidad de esos medios y herramientas tampoco confiere al empresario un derecho a restricciones caprichosas. (...) A partir de este contexto constitucional y en la medida en que en el ámbito de la prestación laboral los diferentes medios utilizados por los trabajadores son de titularidad empresarial, las trabas al uso de los tan mencionados medios informáticos no pueden ampararse de manera dura y ruda en esta circunstancia [scil: la titularidad de los medios por parte del empresario]”.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, STC 98/2000, de 10 de abril.

timidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno” y que, por tanto, “el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad”⁵⁰. La cuestión estará en los términos y alcance que deba reunir la prestación del consentimiento.

Así, no puede caber ninguna duda de que la prestación de un consentimiento *expreso* y sobre un acceso puntual y concreto a un espacio de privacidad -el contenido de un correo electrónico, el acceso a la cuenta de correo, etc.- elimina completamente la expectativa de privacidad por decisión voluntaria de su titular. En la jurisprudencia reciente podemos encontrar un claro ejemplo en la sentencia de la Sala Segunda que abordó el caso *Pescanova* (STS 89/2023, de 10 de febrero). En dicha resolución se distingue con nitidez entre los casos en los que el acceso a correos electrónicos se realizó previo consentimiento expreso de los afectados -que considera plenamente lícitos- de aquellos otros en los que el acceso fue in consentido. Respecto de los primeros, la Sala Segunda afirma que

“es claro que ninguna expectativa legítima de privacidad pudo verse frustrada en el caso de quienes, como el ahora recurrente, prestaron su consentimiento explícito a la fiscalización de los terminales de la empresa que ellos utilizaban, con el objeto y finalidad dichos, respecto de la cual dejaron prestada expresa aquiescencia”.

Por ello, se concluye que “las evidencias digitales unidas al informe pericial forense, al menos con relación a las que tenían como protagonistas (emisores o receptores) a las personas que expresamente prestaron su autorización para que los terminales de los que hacían uso pudieran ser fiscalizados, no vulneró su legítima expectativa a la privacidad ni, en definitiva, ningún derecho fundamental”⁵¹.

En segundo lugar, también ante supuestos de consentimiento *tácito* habrán de decaer las expectativas de privacidad, pues es, de igual modo, el titular del derecho quien está voluntariamente reduciendo los márgenes de su ejercicio. Así lo ha entendido la doctrina del Tribunal Constitucional, considerando válido a tal fin el consentimiento

⁵⁰ STC 173/2011, de 7 de noviembre.

⁵¹ La cuestión debatida en el caso concreto era si el consentimiento prestado por las personas a cuyos correos se accedió se prestó válidamente toda vez que no fueron informados de que en ese momento existía ya una investigación penal en curso y, por tanto, el *forense* que se estaba realizando podía acabar siendo aportado al Juzgado. Sobre ello, véase ESTRADA I CUADRAS, 2023, pp. 723 s. A mi modo de ver, el desconocimiento sobre el destino que pudiera darse a la investigación no ha de afectar a la validez del consentimiento *en relación con la disponibilidad de los derechos a la privacidad*, sin perjuicio de la posible afectación a otros derechos como, en su caso, el de defensa.

prestado a través de actos concluyentes. Un ejemplo lo encontramos en la STC 173/2011, antes citada, en la que un ciudadano lleva a reparar un ordenador en el que, sin claves u otros obstáculos de acceso, se archivaban en la carpeta denominada “mis documentos” gran cantidad de fotografías con pornografía infantil, que fueron casualmente descubiertas por el empleado del establecimiento al revisar el correcto funcionamiento del equipo tras su reparación.

Un segundo ejemplo, más cercano a las cuestiones que nos ocupan, lo constituye la también mencionada STC 241/2012, en la que desestimó el amparo de una trabajadora que fue despedida tras haber accedido la empresa, tras el hallazgo casual por otro trabajador, a las conversaciones mantenidas con otra trabajadora en las que se vertían comentarios insultantes sobre compañeros de trabajo, superiores y clientes. Las trabajadoras habían instalado, pese a la prohibición de la empresa, un programa de mensajería instantánea en un ordenador de uso compartido sin clave de acceso. El Tribunal niega que se haya menoscabado el derecho a la intimidad con el siguiente argumento:

“En este caso, no cabe apreciar afectación del derecho a la intimidad desde el momento en que fue la propia demandante y otra trabajadora quienes realizaron actos dispositivos que determinaron la eliminación de la privacidad de sus conversaciones, al incluirlas en el disco del ordenador en el cual podían ser leídas por cualquier otro usuario, pudiendo trascender su contenido a terceras personas, como aquí ocurrió al tener conocimiento la dirección de la empresa. Por tanto, fueron la demandante de amparo y la otra trabajadora, con sus propios actos, quienes provocaron con su voluntaria actuación que no se vea afectado su derecho a la intimidad al posibilitar el conocimiento de las conversaciones por otro usuario del ordenador, trabajador de la empresa, que casualmente y sin ninguna intencionalidad tuvo acceso a todo su contenido, lo que finalmente provocó la intervención empresarial”.

3. Una exégesis razonable sobre la quiebra de expectativas de privacidad

Es, por tanto, el consentimiento del trabajador el criterio decisivo para determinar si en el caso concreto rige o no una expectativa de privacidad. El aspecto más debatido en este ámbito no es, en todo caso, el que se plantea en los referidos supuestos en los que el trabajador determina voluntariamente el ámbito de su intimidad en

un supuesto concreto, sino si la relevancia del consentimiento como elemento delimitador del ámbito de la privacidad puede trasladarse a la vinculación contractual entre empresa y trabajador. Dicho de otro modo, si puede considerarse válida la prestación de un consentimiento, en abstracto y con carácter general, en relación con los límites y restricciones establecidas por el empresario.

A mi modo de ver, y obviando ahora el amplio debate que genera esta cuestión⁵², nada habría de obstar a ello desde un punto de vista constitucional. Como premisas de partida, es importante reiterar, de una parte, que la relación entre empresa y empleado viene determinada por el poder de dirección del empresario y por sus facultades de supervisión de la debida prestación laboral, por lo que será inherente a dicha relación el establecimiento de determinadas herramientas de control de la actividad del trabajador. De otra parte, que el empresario no tiene obligación legal -ni, menos aún, constitucional- de garantizar un espacio de intimidad o de comunicaciones personales en el uso de los equipos informáticos: como anticipaba, los derechos de privacidad del artículo 18 CE no son derechos positivos o prestacionales, por lo que no existe un deber de fomento de los mismos por parte del empresario⁵³.

Si asumimos ambas premisas, me parece indudable que la empresa tiene libertad para delimitar las formas y límites de utilización para fines privados de los equipos informáticos que pone en manos de los empleados para el desempeño de la actividad laboral, así como para monitorizar el uso que se dé a esos equipos. Lo que le es exigible, precisamente a fin de que el empleado pueda prestar un consentimiento informado, es informar del modo más concreto y detallado posible sobre esos extremos: tanto los límites de utilización como los criterios de monitorización, incluyendo sus fines, su periodicidad y las posibles formas de acceso. Así, frente a lo que se entendió por el Tribunal Constitucional en la sentencia 170/2013, una prohibición genérica de uso para fines privados en un convenio colectivo sectorial no sería suficiente para poder afirmar un consentimiento actualizado del trabajador a cuyo ordenador se accede. Para ello será necesario, al menos, que el trabajador haya sido informado personalmente -ya sea a través de su contrato laboral, ya sea a través de las normas de conducta implantadas en la empresa- no solo de la prohibición de uso personal de los equipos informáticos, sino también -en la línea sentada por la STEDH Barbulescu- de la posibilidad de ser sometido a monitor-

⁵² Véase sobre ello, DESDENTADO BONETE/MUÑOZ RUIZ, 2012, pp. 170 ss.

⁵³ En igual sentido, con rotundidad, DESDENTADO BONETE/MUÑOZ RUIZ, 2012, pp. 180 ss.

izaciones periódicas. Solo ese conocimiento cierto permite afirmar que el empleado, siquiera tácitamente, consiente en que su actividad laboral vendrá determinada por la inexistencia de una expectativa de privacidad.

Así, con carácter general, los dos requisitos antes mencionados –información concreta de la prohibición total de uso privado y de la posible monitorización–, bastarán para poder afirmar la inexistencia de una expectativa de privacidad⁵⁴. Así parece entenderlo el Tribunal Supremo, tanto la Sala Segunda como la Cuarta. Por lo que respecta a la primera, la STS 489/2018, ya citada, asume también que la expectativa de privacidad puede desaparecer por la asunción voluntaria del trabajador que consiente en los términos de uso establecidos por el empresario: “la clave estará en si el trabajador ha consentido anticipadamente reconociendo esa capacidad de supervisión al empresario y, por tanto, cuenta con ello; está advertido; es decir, es una limitación conocida y contractualmente asumida”. Y la desaparición de dicha expectativa se dará con los dos criterios citados, que serían “premisas de inexcusable concurrencia”, mientras que “el resto de factores de ponderación incluidos en el test Barbulescu” entrarán en juego para inclinar la balanza en uno u otro sentido solo si se cuenta con ese presupuesto⁵⁵.

Con relación a la Sala de lo Social, puede citarse la STS 766/2020, de 15 de septiembre, en la que, pese a no invocar expresamente la doctrina Barbulescu, acoge la necesidad de ambos elementos para considerar descartada la expectativa de privacidad de una trabajadora para cuyo despido se utilizaron los datos del GPS que llevaba instalado el vehículo de empresa que, con fines exclusivamente profesionales, le había proporcionado la empresa⁵⁶.

No obstante, podrán darse casos en los que, aunque concurra tanto la prohibición general de uso privado como la advertencia de monitorización, y el trabajador haya sido debidamente informado de ello, se lesione el derecho a la intimidad, si el empresario se excede desproporcionadamente en sus facultades de acceso a los equipos informáticos. Ello es así porque el consentimiento del empleado y su consiguiente

⁵⁴ Así lo he entendido en ALCÁCER GUIRAO, 2019, p. 46. En igual sentido, véase por ejemplo DELGADO JIMÉNEZ, 2018, p. 176: “Por tanto, además de la prohibición de uso para temas personales, en orden a desvirtuar la expectativa razonable de privacidad, el TEDH exige la comunicación o advertencia previa de que aquéllas van a ser controladas”.

⁵⁵ Los planteamientos de dicha sentencia han sido acogidos también por el Pleno de la Sala Segunda en la STS 328/2011, antes citada.

⁵⁶ Tal como destacan CASAS BAAMONDE/ÁNGEL QUIROGA, 2020, p. 10, dicha sentencia “mantiene la dualidad de obligaciones empresariales de información a los trabajadores: sobre el uso de los medios de trabajo empresariales y sobre los modos de su fiscalización”.

renuncia a la intimidad debe establecerse también en relación a los fines, medios y alcance de la actividad de supervisión empresarial. Tal como ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional, “se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida”⁵⁷.

Dicho de otro, la inexistencia *prima facie* de una expectativa de privacidad no legitima a la empresa a convertir el lugar de trabajo en un panóptico, ni a desarrollar una supervisión ilimitada y desproporcionada al fin que se persigue⁵⁸. No le legitima, por ejemplo, para acceder al contenido de correos electrónicos que -pese a la prohibición- tengan un contenido inequívocamente íntimo y sean de antemano irrelevantes para la finalidad de la investigación⁵⁹.

Por ello, dado que la validez del consentimiento depende también del grado de intensidad y alcance de la supervisión, será también necesario, de una parte, especificar e informar al trabajador de los fines, medios y alcance que puede tener la monitorización, así como, de otra, reducir dicho alcance al mínimo imprescindible para cumplir con los fines previstos. Sin duda, el interés de la empresa será introducir prohibiciones de uso y advertencias de monitorización que permita excluir toda expectativa de privacidad⁶⁰. Ahora bien, resultará oportuno también -y en interés de todas las partes involucradas- desarrollar protocolos de investigación interna y reglamentaciones de uso de los medios TIC en los que se incluyan aquellos factores que podrían justificar la necesidad de afectar esa esfera de privacidad cuando ello resulte imprescindible. Más allá de la mera alusión genérica de que las medidas de supervisión respetarán el principio de proporcionalidad, el diseño de un conjunto de criterios concretos, acomodados al test

⁵⁷ STC 173/2011, citando las SSTC 196/2004, de 15 de noviembre; 206/2007, de 24 de septiembre; y 70/2009, de 23 de marzo.

⁵⁸ Dicho de otro modo, los términos del propio acuerdo entre empresario y trabajador tienen que respetar el principio de proporcionalidad. Véase PEÑARANDA, 2022, p. 6.

⁵⁹ Creo que en este sentido puede entenderse la siguiente afirmación de la STS 328/2021: “Los elementos de disponibilidad del derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones no pueden abordarse con quiebra del principio de proporcionalidad. De hecho, la efectiva vigencia de aquellos derechos del trabajador no puede hacerse depender exclusivamente de un pacto incondicional de cesión en el que todo se vea como susceptible de ser contractualizado”.

⁶⁰ Lógicamente, desde el estricto afán de ejercer una actividad de supervisión eficaz, y sin perjuicio del juego de otros focos de interés destinados a consolidar la paz laboral. No será inhabitual, por ello, que muchas empresas permitan un uso privado moderado, que delimiten franjas horarias para ese uso privado o que lo autoricen en ordenadores de uso compartido.

Barbulescu, proporcionará a la empresa una poderosa herramienta para poder defender ante un tribunal la legitimidad de una eventual injerencia en los derechos de privacidad de los trabajadores.

Lo anterior no implica que sólo cuando concurren todos esos elementos y pueda afirmarse, por tanto, la inexistencia de una expectativa de privacidad, sea legítimo el acceso a los equipos informáticos de los empleados. Ese acceso podrá también ser legítimo cuando, pese a existir, por ejemplo, permiso para el uso con fines privados, resulte imprescindible la injerencia a fin de prevenir o reaccionar ante indicios de un delito. Aquí es donde entrará en juego la ponderación inherente al principio de proporcionalidad, pudiendo sacrificarse el derecho fundamental cuando estemos ante un fin legítimo -como lo es la persecución de delitos graves que puedan afectar a intereses de la empresa⁶¹-, cuando la medida sea idónea para conseguir tal finalidad, cuando resulte imprescindible al no existir otras medidas menos gravosas, y cuando el grado de sacrificio del derecho sea el mínimo posible. Para que la injerencia sea legítima en estos casos, la balanza deberá caer claramente en favor de las necesidades de investigación empresarial.

Con ello retomamos el análisis en dos escalones a que antes habíamos aludido: de una parte, a través de un juicio de delimitación negativa del derecho (casos de ausencia de expectativa de privacidad), en los que el acceso a los equipos informáticos será irrestricto para el empleador -tanto en relación con el derecho a la intimidad, como en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones-, salvo supuestos de manifiesta desproporción en los medios; de otra parte, a través de una ponderación basada en el principio de proporcionalidad en los casos en que sí exista esa expectativa de privacidad⁶².

A mi entender, esta interpretación permite acomodar la doctrina sentada por el TEDH en el asunto Barbulescu a un modelo de interpretación constitucional razonable. En síntesis, la existencia de esa “tolerancia social” al uso para fines privados de los medios informáticos de producción proporcionados por la empresa implicará partir de una premisa *pro derecho fundamental*; nada obsta a que tal expectativa de privacidad pueda desaparecer, pero para ello será necesario que por la empresa se haya establecido una prohibición expresa y total de ese uso privado, y además se haya advertido de posibles monitor-

⁶¹ Véase, por ejemplo, SSTC 70/2002, de 3 de abril; 173/2011, de 7 de noviembre.

⁶² Enfocado desde los criterios de la teoría del delito, y desde el artículo 197 CP, podría decirse que en el primer caso la conducta sería atípica por no existir un menoscabo del derecho a la intimidad, mientras que en el segundo caso la conducta estaría *prima facie* justificada -no sería antijurídica- al estar ante un sacrificio proporcionado del derecho.

izaciones. Sin perjuicio de ello, podrá llegar a vulnerarse el derecho a la intimidad si la intensidad y alcance de la investigación resulta manifiestamente desproporcionada y abusiva. Junto a tales supuestos de decaimiento de la expectativa de privacidad, la injerencia en el derecho fundamental podrá ser excepcionalmente lícita cuando pueda considerarse proporcionada a los fines legítimos perseguidos.

Por ende, esa interpretación se acomoda también al actual artículo 87 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales -introducido junto con el antes citado artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores y al que éste se remite-, en el que por primera vez se regulan en España los “derechos laborales digitales” acogiendo los parámetros del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril⁶³, y bajo influencia también de la doctrina Barbulescu⁶⁴. Dicho precepto comienza por garantizar que “Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador”, si bien, acto seguido, introduce el derecho del empleador a acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores. Esa facultad parece quedar restringida “a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos”, si bien, indudablemente, ello incluye también los casos en los que la finalidad de la investigación sea prevenir o perseguir conductas delictivas, no solo porque ello encajaría dentro de la finalidad de controlar el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores, sino a partir de la necesaria integración de la doctrina constitucional.

Lo más relevante del precepto es que introduce la obligación específica de que el empresario introduzca criterios concretos de utilización de los dispositivos digitales⁶⁵, lo que deberá hacerse “respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente”. Frente a lo que pudiera derivarse de la literalidad de ese apartado, el precepto no excluye la posibilidad de que las directrices de uso del empleador eliminen la expectativa de privacidad. Ello se infiere, a contrario sensu, de lo que establece el apartado siguiente, en el que también se faculta al empresario a acceder al contenido de

⁶³ QUIRÓS HIDALGO, 2020, pp. 152 s.

⁶⁴ CASAS BAAMONDE/ÁNGEL QUIROGA, 2020, p. 10-11-

⁶⁵ Como destaca QUIRÓS HIDALGO, 2020, pp. 154, “la norma exige con meridiana claridad, siempre y en todo caso, una regulación expresa del uso de los medios electrónicos y de los controles patronales”.

dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados, requiriendo en tales casos la norma que “se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados”, debiendo ser informados los trabajadores de los criterios de utilización fijados por el empresario⁶⁶.

4. A vueltas con el secreto de las comunicaciones: ¿un enjuiciamiento constitucional solo penal?

Desde premisas distintas, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al menos en algunos de sus pronunciamientos, ha venido a acoger semejante posición a la que se derivaría de la interpretación más radical de Barbulescu, según la cual -como veíamos- la expectativa de privacidad en la empresa no podría llegar a ser totalmente eliminada. Ya anticipábamos que, de asumirse esa exégesis, la injerencia en el derecho a la intimidad solo podría legitimarse con carácter excepcional y bajo un juicio estricto de proporcionalidad. Y el derecho al secreto de las comunicaciones no podría menoscabarse en ningún caso, porque para ello el artículo 18.3 de la Constitución impone la previa autorización judicial.

Pues bien, a esta última conclusión llegaba la STS 528/2014, de 16 de junio⁶⁷. En ella, bien que como *obiter dictum*⁶⁸, el Tribunal concluía que la delimitación negativa del derecho al secreto de las comunicaciones en la empresa debía operar de modo distinto en el orden laboral que en el orden penal. La Audiencia Provincial había invocado la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo para aseverar que no existía vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones dado que el trabajador, “al utilizar precisamente un ordenador ajeno, de la empresa, y destinado exclusivamente para el trabajo a la empresa, estaba asumiendo -cediendo- la falta de confidencialidad -secreto- de las comunicaciones que pudiera tener”, y concluir, con ello, que había decaído la expectativa de privacidad (de secreto de las comunicaciones). Frente a tal planteamiento, la Sala Segunda

⁶⁶ En rigor, siguiendo la doctrina del TEDH y como destaca QUIRÓS HIDALGO, 2020, pp. 156, la obligación de información debería extenderse no solo a los criterios de uso sino también a los controles y garantías.

⁶⁷ Se trataba del empleado de una empresa a quien, ante la existencia de sospechas sobre su conducta, se le registra el ordenador por responsables de la propia empresa, descubriéndose así que estaba cometiendo un delito.

⁶⁸ Si se me permite la digresión, poco se habla de las distorsiones doctrinales que vienen creando los *obiter dicta* en la jurisprudencia de la Sala Segunda.

oponía que tal criterio de delimitación negativa del derecho habría de ser restringido al ámbito de la jurisdicción laboral, pero no podía extenderse al enjuiciamiento penal.

Para llegar a esa conclusión apela el Tribunal Supremo a la exigencia de autorización judicial que impone el art. 18.3 CE, a la gravedad y trascendencia de esa clase de injerencias y a la circunstancia de que la incursión en las comunicaciones del trabajador supone también la injerencia en el derecho al secreto de los terceros que con él comunican. Por ello, no cabe que el trabajador consienta o renuncie a la vigencia de ese derecho:

“Tampoco una supuesta “tácita renuncia” al derecho, como a la que alude la Audiencia al final del párrafo antes transcrito, puede convalidar la ausencia de intervención judicial, por un lado porque obviamente dicha “renuncia” a la confidencialidad, o secreto de la comunicación, no se produce ni es querida por el comunicante que, de conocer sus consecuencias, difícil es imaginar que lleve a cabo la comunicación objeto de intervención y, de otra parte, porque ni aun cuando se entienda que la “renuncia- autorización” se haya producido resultaría operativa ya que, a diferencia de lo que ocurre con la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), nuestra Carta Magna no prevé, por la lógica imposibilidad para ello, la autorización del propio interesado como argumento habilitante para la injerencia”.

Entendió por ello la Sala Segunda que el artículo 18.3 CE “no contempla, por tanto, ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado (“correo corporativo”), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia”. En definitiva:

“bien claro ha de quedar que en el ámbito del procedimiento penal (...), para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución, resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial”.

Dicha “famosa”⁶⁹ sentencia ha sido acertadamente considerada como “disruptiva”⁷⁰, y bien podría calificarse como radical, no solo por trazar una diferencia tan abrupta en la interpretación y tratamiento del derecho al secreto de las comunicaciones frente a otros derechos de privacidad recogidos en el artículo 18 CE, sino también por establecer consecuencias tan radicalmente diversas entre el orden penal y el laboral sobre la interpretación de un mismo derecho fundamental.

Esa tesis ha sido después matizada por la STS 489/2018⁷¹, y debiera considerarse abandonada por la Sala Segunda tras la STS 328/2021, dictada por el Pleno, en cuyo análisis “admite, no ya la flexibilidad para tolerar la fiscalización de los actos inicialmente protegidos por el derecho a la intimidad, sino la capacidad para extender ese ámbito de negociación al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, excluyendo la imperatividad de la autorización judicial para justificar la intromisión”. Por ello, “(e)mpresario y trabajador pueden fijar los términos de ese control, pactando la renuncia, no ya a la intimidad, sino a la propia inviolabilidad de las comunicaciones. Y allí donde exista acuerdo expreso sobre fiscalización, se estará excluyendo la expectativa de privacidad que, incluso en el ámbito laboral, acompaña a cualquier empleado”.

Pese al cambio de criterio del Pleno, la sentencia dictada en el asunto Pescanova, la STS 89/2023, parece retomar el planteamiento de la sentencia de 2014. La base doctrinal recogida en dicha resolución se nutre, en gran medida, de citas textuales de la STS 328/2021, si bien, de una parte, omite el párrafo que acabo de reproducir y, de otra, incorpora una conclusión de nueva cosecha en la que expresamente excluye el derecho al secreto de las comunicaciones -esto es, los casos de información “vinculada a un proceso de comunicación”- de la posibilidad de eliminación de la expectativa de privacidad, razón por la que, acto seguido, asume las negativas consecuencias inherentes a esa tesis:

“En suma, el potencial menoscabo del derecho a la intimidad en aquellas ocasiones en las que la empresa accede a información no vinculada a un proceso de comunicación, quedaría excluido siempre que empresario y trabajador hayan definido de forma anticipada sus respectivos espacios de fiscalización y de legítimo ejercicio de aquel derecho. La dificultad que ofrece esta solución está ligada,

⁶⁹ STS 489/2018.

⁷⁰ VARGAS/AGUSTINA, 2021, p. 99.

⁷¹ VARGAS/AGUSTINA, 2021, p. 102 s.; PEÑARANDA, 2022, p. 8.

desde luego, a las dudas para discernir qué contenidos de la información obtenida por el empresario están conectados a comunicaciones constitucionalmente protegidas por la garantía jurisdiccional y cuáles quedan fuera de su ámbito. Dicho con otras palabras, dónde termina la intimidad y dónde empieza la inviolabilidad de las comunicaciones. De hecho, serán muchas las ocasiones en las que la propia configuración del programa de gestión del correo electrónico alentará la incertidumbre para resolver qué mensaje está todavía en fase de comunicación y cuál ha pasado a convertirse en un documento protegido sólo por el derecho a la intimidad”.

Con independencia de cuál deba concluirse que es la posición jurisprudencial actual de la Sala Segunda, la tesis planteada es errónea, por lo que no debiera ser asumida⁷². Es errónea, en primer lugar, la interpretación que se hace del artículo 18.3 de la Constitución, al concluir que como el consentimiento no aparece expresamente recogido como criterio de legitimidad de la injerencia, la autorización judicial sería siempre necesaria. Como hemos visto, el Tribunal Constitucional viene reiterando que todo derecho es disponible por su titular, y ello con independencia de su mención expresa en la descripción del derecho en la Constitución. Tampoco el artículo 18.1 CE hace alusión alguna al consentimiento y sin embargo la aludida sentencia no rechaza que puedan desaparecer las expectativas de intimidad por la asunción por parte del empleado de las directrices del empleador.

Late en dicho planteamiento, a mi entender, una confusión entre los dos planos que antes hemos establecido: entre la delimitación del contenido del derecho y la proporcionalidad de su menoscabo. La autorización judicial prevista en el artículo 18.3 CE es un criterio referido a la proporcionalidad de la injerencia en el derecho fundamental: la Constitución establece la exigencia -como elemento de protección reforzada- de que sea un juez quien efectúe el juicio de proporcionalidad y pondere la idoneidad y necesidad de la injerencia en el contenido del derecho. Pero esa autorización judicial solo tiene sentido cuando en el caso concreto está vigente el derecho al secreto de las comunicaciones; es decir, si no concurre el derecho fundamental no hay menoscabo del mismo, por lo que no es necesaria tal autorización

⁷² Críticos con esa línea jurisprudencial, por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO, 2019, pp. 39 ss.; ESTRADA I CUADRAS, 2023, pp. 722, destacando que supone alejarse de la doctrina del TEDH; VARGAS/AGUSTINA, 2021, p. 130: “no cabe distinguir un régimen propio para el orden jurisdiccional penal, sino que el consentimiento del empleado resulta ser una vía alternativa para sortear la exigencia de autorización judicial previa”.

judicial. Por ello, la discusión sobre la disponibilidad del derecho por su titular y por la relevancia de su consentimiento para eliminar la expectativa de privacidad -y, con ello, la vigencia del derecho en el caso concreto- se sitúa en un plano distinto, y analíticamente previo, que la referida a los criterios de legitimidad de la injerencia en el derecho -autorización judicial y proporcionalidad-. Así, de igual modo que si uno de los interlocutores de la comunicación (en canal cerrado) consiente que un tercero escuche esa conversación no puede haber “secreto” ni, por tanto, derecho al secreto de las comunicaciones⁷³, tampoco habrá secreto -ni derecho fundamental- en el caso de que el empleado consienta en que las comunicaciones privadas en la empresa están prohibidas y que pueden ser sometidas a monitorización. Y si no está vigente el derecho al secreto de las comunicaciones, no será precisa autorización judicial para acceder al correo electrónico del trabajador, en los términos antes expuestos.

En segundo lugar, ese planteamiento es erróneo también al asignar una diferente interpretación constitucional al derecho fundamental en función de si estamos ante consecuencias jurídicas laborales o penales. No tiene sentido que en el orden laboral pueda eliminarse la expectativa de vigencia del derecho por el consentimiento del trabajador con los términos del empresario y no pueda eliminarse en el orden penal. De una parte, se incurre en la misma confusión mencionada: la vigencia o no en el caso concreto de un derecho fundamental por el consentimiento de su titular es independiente de las finalidades y consecuencias que se derivan de su supuesto menoscabo. Si no hay un derecho fundamental, no lo hay ni para el orden laboral ni para el orden penal. Las diferencias en el tratamiento del derecho -presuponiendo por tanto que tal derecho existe- según el orden jurisdiccional responderán únicamente a cuestiones de proporcionalidad y, con ello, al menoscabo legítimo del derecho. Y en este plano, la lógica podría llegar a ser la contraria que la que dicha sentencia pareció asumir: si legítima es la injerencia en el derecho fundamental con el fin de asegurar la prestación laboral, mayor legitimidad habrá de tener la injerencia cuando persigue un fin de mayor relevancia axiológica

⁷³ STC 114/1984, de 29 de noviembre: “Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de ‘comunicación’, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado. No hay «secreto» para aquél a quien la comunicación se dirige”. En igual sentido, por ejemplo, la reciente STS 145/2023, de 2 de marzo, en el que la que el Tribunal Supremo descarta la vulneración del derecho en un caso de grabación subrepticia de una conversación con autorización de uno de los interlocutores.

como es la prevención/persecución de ilícitos penales y/o la defensa de la persona jurídica frente al riesgo de ser sometida al *ius puniendi*.

V. LAS INVESTIGACIONES INTERNAS Y LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA: INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LA DOCTRINA FALCIANI

1. La doctrina *Falciani*

Si hasta el momento hemos abordado el marco referido a la existencia y contenido de los derechos de privacidad en la empresa, a continuación quiero ocuparme de las consecuencias de su vulneración. Más concretamente, de las posibles consecuencias procesales que pueden derivarse para las fuentes de prueba obtenidas en el seno de una investigación interna en la que se han vulnerado derechos fundamentales de las personas investigadas. Para ello será fundamental atender a la doctrina desarrollada por la Sala Segunda sobre el alcance de la regla de exclusión probatoria del artículo 11.1 LOPJ ante la lesión de derechos por particulares, recogida en la sentencia que se ocupó del conocido caso *Falciani*.

La STS 116/2017, de 23 de febrero, surge con vocación de erigirse en una doctrina autónoma, específica, novedosa y restrictiva sobre el tratamiento de la prueba ilícita. Autónoma porque su fundamento y ámbito de aplicación se circunscribe al orden penal. Específica porque aspira a asignar un tratamiento independiente a los casos en que la vulneración del derecho fundamental por el que se obtiene el hallazgo probatorio es causada por un particular. Novedosa porque, como la propia sentencia reconoce, los precedentes jurisprudenciales de la Sala Segunda se inclinaban de modo “abrumadoramente mayoritario” por la exclusión de la prueba obtenida ilícitamente por un particular, sin marcar diferencias con la obtenida por un agente del Estado. Y restrictiva porque la razón de esta línea doctrinal es limitar el ámbito de aplicación del artículo 11.1 LOPJ para los casos en que la obtención ilícita de fuentes de prueba se realiza por un particular⁷⁴.

El presupuesto que guía los planteamientos de la Sala Segunda es, así, la “necesidad de un tratamiento singularizado de la prueba obtenida por un particular cometiendo un delito o vulnerando derechos fundamentales”. La particularidad que presentaría la actuación ilícita del particular frente a la de las fuerzas y cuerpos del Estado radicaría en el propio fundamento de la regla de exclusión probatoria, dirigido ante

⁷⁴ Sobre la inserción de esta sentencia en una línea jurisprudencial progresivamente restrictiva, véase *infra*.

todo a combatir y disuadir la acción ilícita de los agentes estatales:

“(E)n su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito”.

Siendo ese el fundamento, los hallazgos probatorios derivados de la lesión de derechos por un particular no han de ser sometidos a una consecuencia tan rigurosa, al no estar abarcados por la ratio teleológica de la regla de exclusión:

“Las reglas de exclusión probatoria se distancian de su verdadero sentido cuando no tienen relación con la finalidad que está en el origen mismo de su formulación. De lo que se trata es de limitar el afán del Estado en la persecución de los ilícitos penales, de apartar a los agentes de la autoridad de la tentación de valerse de medios de prueba que, por su alto grado de injerencia en el círculo de los derechos fundamentales, están sometidos a unas garantías constitucionales concebidas para la salvaguardia de aquéllos. Se ha dicho con acierto que la proscripción de la prueba ilícita se explica por el efecto disuasorio que para el aparato oficial del Estado representa tener plena conciencia de que nunca podrá valerse de pruebas obtenidas con vulneración de las reglas constitucionales en juego”.

Pese a esa decidida vocación de conformar un criterio exegético novedoso, de la lectura de la STS 116/2017 no resulta fácil concretar cuál es el ámbito de aplicación del artículo 11 LOPJ que plantea⁷⁵. Y lo cierto es que, si bien son varios los pronunciamientos de la Sala Segunda que con posterioridad han invocado y aplicado esta “doctrina Falciani”, ninguno de ellos ha tenido el afán de perfilar o concretar su alcance.

Con fines analíticos, podríamos esbozar tres posibilidades de interpretación. Ordenadas de más a menos restrictivas en la aplicabilidad de la regla de exclusión, podrían enunciarse en los siguientes términos, que desarrollaremos a continuación:

⁷⁵ Destaca en este sentido ASECIO MELLADO, 2019, p. 4, que con dicha sentencia se introduce “una doctrina cuanto menos compleja que desemboca al final en una conclusión incierta y relativa”.

1. (tesis estricta) Solo será de aplicación la exclusión probatoria cuando el particular vulnera un derecho actuando como parte de una actuación policial.
2. (tesis intermedia) Además del caso anterior, la regla de exclusión también será aplicable cuando el particular, al margen de una actuación policial, vulnere un derecho ajeno con el propósito de obtener una prueba para aportarla a un procedimiento judicial.
3. (tesis amplia) Además de los casos anteriores, la regla de exclusión también será aplicable cuando el particular, al margen de la actuación policial, vulnere un derecho ajeno con el fin de obtener información y representándose que eventualmente podría llegar a ser empleada como prueba en un procedimiento judicial.

***2. ¿Hasta dónde llega la restricción del artículo 11 LOPJ?
Posibilidades de interpretación de la doctrina Falciani***

2.1. Tesis estricta: la conducta lesiva del particular ha de estar enmarcada en una actuación policial

La primera posibilidad de interpretación de la doctrina Falciani se derivaría con naturalidad del propio fundamento que el Tribunal Supremo asigna a la regla de exclusión probatoria prevista en el artículo 11 LOPJ.

En efecto, si la “prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito”, la exclusión de la prueba contaminada de ilicitud debería limitarse a aquellos hallazgos incriminatorios obtenidos por la policía o bajo el control de la policía. En efecto, para la Sala Segunda resulta

“evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría”.

Siguiendo esa idea, el particular debe actuar, entonces, “con vinculación al ejercicio del *ius puniendi*”. Expresado en otros términos, el

particular debe actuar “en nombre del Estado”⁷⁶; su actuación debe equipararse a la de “un agente al servicio del Estado”; debe convertirse “en un agente estatal sumado espontáneamente al ejercicio del *ius puniendi*”⁷⁷. Esta idea se repetirá a lo largo de la sentencia bajo diversas formulaciones.

Así, lo decisivo para no declarar la nulidad de la prueba es que el particular “nunca actuó en el marco de una actividad de respaldo a los órganos del Estado llamados a la persecución del delito”. Dicho de otro modo: “Lo determinante es que nunca, de forma directa o indirecta, haya actuado como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal”.

Por ende, la aplicación al caso concreto de tales criterios abonaría esta exégesis de la sentencia, al concluir que la razón por la que la documentación sustraída por Falciani no debía quedar excluida del acervo probatorio radica en que no se ha acreditado un contacto o concierto con servicios del Estado:

“No existe, pues, dato indiciario alguno que explique la obtención de esos ficheros como el resultado de una colaboración - ad hoc o sobrevenida- de [Falciani] con servicios policiales, españoles o extranjeros. Tampoco hay dato alguno que fundamente la hipótesis de que, una vez ofrecida esa información, los servicios fiscales españoles se hicieran con ella en virtud de un pacto con el infractor”.

Expresado en semejantes términos:

“Se trataba de información contenida en unos archivos de los que se apoderó ilícitamente un particular que, cuando ejecutó la acción, no lo hizo como agente al servicio de los poderes públicos españoles interesados en el castigo de los evasores fiscales. Tampoco se trataba de ficheros informáticos cuya entrega hubiera sido negociada entre el transgresor y los agentes españoles”.

⁷⁶ “El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios, ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado. No rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas incriminatorias. Nada tiene que ver esa actuación con la de un agente al servicio del Estado”

⁷⁷ “Quien busca hacerse con documentos para obtener un rédito económico o quien persigue denunciar la injusticia del sistema financiero, no está, desde luego, convirtiéndose en un agente estatal sumado espontáneamente al ejercicio del *ius puniendi*”.

Por ende, algunos pasajes de la sentencia parecen descartar la aplicación de la regla de exclusión a los casos de particulares que, pese a actuar con el fin directo de obtener pruebas, no actúan en colaboración con el Estado (dicho de otro modo, parecen descartar la que hemos denominado tesis intermedia). Así, cuando se enfatiza que lo relevante no es indagar sobre las motivaciones del particular:

“(L)a decisión sobre la exclusión probatoria adquiere una dimensión especial si quien ha hecho posible que las pruebas controvertidas afloren, nunca actuó en el marco de una actividad de respaldo a los órganos del Estado llamados a la persecución del delito. Este dato resulta decisivo. No se trata tanto de indagar la motivación de quien se adentra más allá de lo tolerable en el ámbito reservado al libre ejercicio de los derechos fundamentales de otro. De hecho, esa motivación puede fluctuar en función del desarrollo de los acontecimientos”.

Entre las sentencias que han aplicado con posterioridad esta doctrina pueden encontrarse también pronunciamientos que abonarían esta interpretación restrictiva del artículo 11 LOPJ.

Un primer bloque de sentencias parte de esa concepción por cuanto el supuesto de hecho que había de resolverse consistía precisamente en casos en que un particular colabora con la policía para obtener ilícitamente una prueba. Así, tanto la STS 311/2018, de 27 de junio, como la STS 875/2021, de 15 de noviembre, declaran la nulidad de la prueba ante dos casos, muy semejantes, en los que la policía proporciona a un particular un aparato de grabación para que acuda a una reunión con las personas investigadas y grabe subrepticamente sus conversaciones incriminatorias. Al respecto, la última de las sentencias citadas pone de manifiesto, previa invocación de la STS 116/2017, que no estamos ante “un particular que, por una u otra razón, al margen del ejercicio del ‘ius puniendi’ del Estado decidió grabar las conversaciones que mantenía con su interlocutor. Actuó, por el contrario, como un verdadero ‘amicus denuntiatoris’ al servicio de los agentes que asumieron el escalón inicial de la investigación”. Y enfatiza a continuación que

“La validez o nulidad probatoria de esa grabación no depende en exclusiva de quién asume la iniciativa de valerse de un dispositivo que hace posible ese registro. Habrá casos, cierto es, en los que la determinación del momento en el que se decide grabar la conversación resulte decisiva.

Pero lo verdaderamente definitivo será siempre la idea, tantas veces repetida en la jurisprudencia de esta Sala, de que la ilicitud probatoria se asocia a la ventaja que obtienen los investigadores cuando eluden los límites impuestos por nuestro sistema constitucional al ejercicio del “ius puniendi” y se valen de un instrumento que les permite eludir la judicialización de las diligencias y, por si fuera poco, obtener un testimonio de tan alto poder incriminatorio, grabado aprovechando la espontaneidad de quien conversa con su interlocutor sin saber que sus palabras van a servir para fundamentar su propia condena”.

En la misma línea que las anteriores -y con un supuesto de hecho semejante-, merece destacarse también la STS 244/2022, de 16 de marzo. En ella se declara ilícita la actuación del particular que graba subrepticamente una conversación bajo supervisión de la policía -aunque finalmente se considera irrelevante por concluir que no hay conexión de antijuridicidad con la prueba condenatoria-, en virtud del argumento de que

“hay que hacer un planteamiento diferenciado a las pruebas obtenidas por un particular que no actúa con el propósito de preconstituir un cuadro probatorio y aquel otro que subordina su papel a la condición de colaborador de los agentes que ya tienen conocimiento del hecho delictivo y que buscan, en esencia, eludir las garantías que limitan las actividades de investigación y enjuiciamiento”.

La impresión que emana de ese pasaje de que no se asigna relevancia alguna a los casos intermedios entre los dos invocados, aquellos en que el particular sí actúa con el propósito de preconstituir un cuadro probatorio pero al margen de la policía, se confirma cuando, poco después, se asevera que la ilicitud de la prueba se debe a la intervención de la policía y a que “no estamos simplemente ante el particular que despliega una actividad recopiladora de fuentes de prueba que van a ser utilizadas con posterioridad en un proceso penal”; supuestos en los que, según esta sentencia, no merecerían reproche alguno de ilicitud.

Junto a dichas sentencias, encontramos también otras en las que se rechaza la exclusión de la prueba precisamente porque su obtención no vino presidida por la actividad de los servicios del Estado. Un primer ejemplo lo encontramos en la STS 725/2020, de 3 de marzo, en la que se condenó a un grupo de personas por blanqueo de capitales a partir de la información que proporcionó un empleado de una entidad bancaria

a la policía. Ante la alegación de ilicitud de la prueba al haberse obtenido vulnerando el derecho a la intimidad y la protección de datos, la Sala Segunda, tras invocar extensamente la doctrina Falciani, desestima el motivo al concluir que el empleado del banco actuó *motu proprio*, sin que su actuación estuviera dirigida por las fuerza y cuerpos de seguridad del Estado:

“al no haber dato alguno que permita concluir que desde el primer momento fuese la EDOA quien controlase la actuación del empleado del Banco, actuación, por ello, desvinculada de las estructuras del Estado, sino que fue aquel por su propia iniciativa quien puso en conocimiento de la policía judicial sus sospechas en orden a la licitud de la actuación de aquellos individuos”.

Como segundo ejemplo, podemos citar la STS 546/2019, de 11 de noviembre. La condena por delito de apropiación indebida a dos directivos de una empresa fue recurrida alegando la ilicitud, por lesión del derecho a la intimidad, de la obtención de determinados documentos por parte de la propia empresa en el curso de una revisión documental interna. El Tribunal Supremo rechaza la nulidad de la prueba entendiendo que el hallazgo fue casual, al no ir dirigida la revisión documental a la búsqueda de indicios de delito, y al descartar también la presencia de intermediación del Estado en la actuación de la empresa:

“En definitiva, no se trataba de pruebas obtenidas con el objetivo, directo o indirecto, de hacerlas valer en un proceso penal, sino que se obtuvieron casualmente al revisar la contabilidad de la sociedad, en la sede de la propia empresa, como consecuencia del error y confusión ocasionados precisamente por los acusados que con tal finalidad y con la intención de apropiarse de fondos de la empresa abrieron una cuenta corriente con referencia a SAMSET en la misma entidad bancaria en la que ésta tenía sus cuentas, al objeto de enmascarar su titularidad domiciliando la cuenta en el domicilio social de SAMSET. Además, la prueba documental controvertida fue obtenida por un particular sin ninguna conexión con aparatos del Estado”.

2.2. *Tesis intermedia: prueba obtenida de propósito por un particular*

Cono anticipábamos, una segunda interpretación posible de la sentencia es aquella que también incluye dentro del artículo 11.1 LOPJ los casos en que, sin intervención alguna de la policía, un particular

lesiona un derecho fundamental con el fin de obtener una prueba; esto es, actuando con el fin de que se aporte a un procedimiento. El énfasis puesto por la STS 116/2017 en el fundamento disuasorio y en el necesario protagonismo de los servicios del Estado puede desdibujar la posibilidad de acoger esta interpretación. No obstante, veremos a continuación que, junto a algunos pasajes de dicha sentencia, hay otros pronunciamientos que permitirían considerarla una exégesis plausible de la doctrina acuñada por la Sala Segunda.

Para empezar, la misma STS 116/2017 vendría a deslizar esa posibilidad exegética cuando parece extender el efecto disuasorio inherente al fundamento de la regla de exclusión también a los particulares:

“La regla prohibitiva no excluye entre sus destinatarios, siempre y en todo caso, al particular que despliega una actividad recopiladora de fuentes de prueba que van a ser utilizadas con posterioridad en un proceso penal. También el ciudadano que busca acopiar datos probatorios para su incorporación a una causa penal tiene que percibir el mensaje de que no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero”.

Asimismo, también apuntaría en esa dirección la alusión que realiza a la excepción a la exclusión probatoria que se plasma en el artículo 13 del proyecto de Código Procesal Penal de 2013, según la cual “podrán ser utilizadas y valoradas las pruebas que, sin estar conectadas con un acto de tortura, sean (...) consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental exclusivamente atribuible a un particular que haya actuado sin ánimo de obtener pruebas”. Sensus contrario, si el particular actúa con ánimo de obtener pruebas (aun sin intermediación policial) la prueba no sería admisible.

Junto a ello, varias sentencias del Tribunal Supremo han declarado la ilicitud probatoria en supuestos en que ha sido un particular, sin colaboración del Estado, el que ha obtenido la prueba vulnerando derechos fundamentales. Las SSTS 489/2018, de 23 de octubre, y 56/2022, de 24 de enero, son claros exponentes de esa exégesis intermedia, y tienen por objeto, además, casos en los que los hallazgos probatorios se realizan en el marco de investigaciones llevadas a cabo en el seno de una empresa, por lo que habremos de volver sobre ellas con posterioridad.

La primera de ellas comienza por destacar que en el caso a enjuiciar tiene lugar “una ilicitud atribuible no a órganos del Estado, sino a particulares”; dato que “tiene relevancia; mucha si se asume como punto de partida el fundamento preventivo de la teoría de la prueba

ilícita”⁷⁸. Ello es así porque, por más que el artículo 11.1 LOPJ no trace distinciones entre ambos supuestos, “no puede ocultarse que, por tradición, por teleología, por ponderación de derechos fundamentales en tensión y por sus finalidades, el juego de esa norma, de máxima intensidad cuando la violación proviene de un agente estatal, consiente más modulaciones en el caso de particulares”. Y es debido a ello por lo que “la jurisprudencia reciente ha admitido que en el caso de particulares estamos en un terreno más permeable a excepciones (SSTS 87/2017, de 19 de abril o 116/2017, de 23 de febrero)”.

Y abundando en esa línea argumental, enfatiza que

“En las relaciones entre particulares, las exigencias de la doctrina de la prueba ilícita son más débiles porque las necesidades de protección y la potencialidad de agresión son en principio menores. Normalmente basta con las sanciones penales o, en su caso, las reacciones desde el ordenamiento privado”.

Ciertamente, esas consideraciones podrían llevar sin forzamientos a la tesis estricta que parece acoger la STS 116/2017. Sin embargo, se concluye que “la flexibilidad interpretativa no puede llegar al punto de traicionar la dicción del art. 11.1 LOPJ”, por lo que, dado que la empresa realizó sus indagaciones con el propósito de hacer valer como prueba los datos recabados en un proceso judicial, “eso impide escapar del ámbito de art. 11.1 LOPJ”.

A idéntica conclusión llega la STS 56/2022 ante un caso semejante⁷⁹. El criterio de interpretación es formulado en los siguientes términos:

“La regla de exclusión probatoria, como manifestación reactiva del sistema de garantías, debe operar, sin duda, con toda la energía, cuando el Estado o los particulares, mediante la infracción del derecho fundamental, acceden a fuentes o medios de prueba y pretenden aprovecharse de su potencial valor incriminatorio” (...) Por ello, si partimos de dicha funcionalidad protectora de la regla de exclusión, deberá convenirse en su inaplicación cuando la lesión del derecho fundamental por particulares aparece desconectada de dicha finalidad -vid. STS 116/2017, de 23 de febrero, 546/2019, de 11 de noviembre-”.

⁷⁸ Las consideraciones que se realizan en dicha sentencia sobre la prueba ilícita recogen los planteamientos desarrollados en los votos particulares que el ponente realizó a las SSTS 569/2013, de 26 junio, y 239/2014, de 1 de abril, y que tuvieron una clara influencia en la STS 116/2017.

⁷⁹ Interpreta de igual modo esta sentencia PEÑARANDA, 2022, p. 5.

Partiendo de esa concepción, en su aplicación al caso se termina por confirmar la exclusión de la prueba:

“(L)a vulneración de los derechos a la privacidad e intimidad que se produjo en el acceso indiscriminado y no justificado al contenido de los correos electrónicos de personas empleadas de la empresa Grupo Gestur, justifica su exclusión del cuadro de prueba porque su admisión comprometería gravemente el principio de integridad del proceso. Y ello porque los documentos se obtuvieron con la precisa finalidad de aportarlos al proceso y, algunos de ellos, cuando ya se había iniciado, en sustento de la acción penal dirigida, además, contra algunas de las personas afectadas por la lesión ius fundamental (...) Se pretendió obtener una ventaja procesal mediante la lesión de derechos fundamentales siendo precisamente esto lo que justifica axiológica y constitucionalmente la activación de la regla de exclusión”.

2.3. Casos indudablemente excluidos de la doctrina Falciani: licitud de las pruebas obtenidas por azar

Sobre lo que no caben dudas exegéticas es en relación con los casos de “hallazgos casuales”; supuestos en los que el particular vulnera un derecho fundamental sin la intención de obtener pruebas de un hecho delictivo y, por azar, encuentra información incriminatoria⁸⁰.

Ello se infiere sin dificultad de las reflexiones que realiza la Sala Segunda en la STS 116/2017 sobre la necesidad de que el particular actúe como un agente del Estado, así como de la propia interpretación gramatical que realiza del artículo 11.1 LOPJ:

“Lo que proscribe el art. 11 de la LOPJ no es otra cosa que la obtención de pruebas (” no surtirán efecto las pruebas

⁸⁰ Sin perjuicio de que este grupo de casos podrían ser denominados como “hallazgos casuales”, es importante tener clara su distinción frente a la consagrada doctrina jurisprudencial del “hallazgo casual”, referida a aquellos supuestos en los que, en el marco de una investigación policial *lícita* -normalmente por habilitación judicial- se descubren indicios de un delito sobre el que no se estaba investigando y por el que no se había justificado la injerencia en los derechos fundamentales del investigado o de un tercero. (Véase, por todas, STS 548/2023, de 5 de julio) En estos casos, el problema no es tanto de ilicitud probatoria por lesión de un derecho fundamental, sino que guarda relación con el principio de especialidad, suscitándose la duda de si la habilitación judicial original (con su consiguiente juicio de proporcionalidad en el que se ha ponderado la investigación sobre determinados hechos delictivos -p.e. un robo-) abarca y legítima además ese hallazgo sobrevenido -p.e. un cadáver-. Véase al respecto CUADRADO SALINAS, 2021, pp. 157 ss.

obtenidas...”). Es el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal -entendido éste en su acepción más flexible- lo que queda afectado por la regla de exclusión cuando se erosiona el contenido material de derechos o libertades fundamentales”.

En consecuencia, si la conducta del particular no puede entenderse como una “actividad probatoria”, al no estar guiada por ese afán de obtener medios de prueba, no será aplicable la nulidad de la prueba prevista en dicho precepto:

“(L)a posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 de la LOPJ” (...) “La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (...) No persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior”.

Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos posteriores. La STS 528/2017, de 4 de julio, declara la plena licitud de unas fotografías indiciarias de un delito de abuso sexual obtenidas por un vigilante de seguridad que accedió al contenido de una cámara digital que se había dejado un trabajador a fin de determinar su identidad, poniendo después la cámara en manos de la policía. Previa invocación de la doctrina Falciani, concluye que “se trata de una prueba proporcionada por un vigilante particular a los agentes de la Guardia Civil, sin que esa entrega haya sido concebida como un mecanismo de elusión de las garantías que el sistema constitucional reconoce para la protección de los derechos a la intimidad y al entorno virtual”.

Un segundo ejemplo lo constituye la ya citada STS 546/2019, de 11 de noviembre, en la que la Sala revisó la condena por malversación y falsedad impuesta a dos empleados de una empresa pública, fundada en el hallazgo por la empresa de diversa documentación bancaria de los acusados amparada por el derecho a la intimidad. Como ya he expuesto, en esta sentencia el Tribunal Supremo afirma la plena

licitud de la prueba al considerarla un hallazgo casual, no buscado de propósito para obtener prueba (aunque, como vimos, aludiendo también a la desconexión de dicho hallazgo con los aparatos del Estado).

2.4. ¿Tesis amplia? Supuestos en que el particular actúa con el objetivo “indirecto” de conseguir prueba

Para rechazar la ilicitud de la prueba, esta última sentencia citada cita textualmente un pasaje de la STS 116/2017, concluyendo que “no se trataba de pruebas obtenidas con el objetivo, *directo o indirecto*, de hacerlas valer en un proceso penal”. La enunciación de esas alternativas -un objetivo “directo” y uno “indirecto” de obtener pruebas para su posterior aportación a un procedimiento- lleva a plantear una tercera posibilidad de interpretar la doctrina Falciani y el alcance del artículo 11.1 LOPJ. Formulado a modo de interrogante: ¿Qué ocurre cuando el particular que vulnera un derecho fundamental no actúa con la intención (“directa”) de obtener prueba para aportarla a un procedimiento, pero se representa o asume o no descarta que la información que puede obtener con su conducta lesiva de derechos puede acabar en un procedimiento penal? ¿Estamos ante ese “objetivo indirecto” cuando el sujeto actúa con una suerte de “dolo eventual” sobre el hecho de que su hallazgo puede constituirse en prueba?

Lo cierto es que, más allá de esa genérica alusión al “objetivo indirecto”, la sentencia no se adentra en esa cuestión. Y de la lectura de otras resoluciones no cabe tampoco llegar a una conclusión clara, aunque preciso es reconocer que los pocos pronunciamientos que se han ocupado de supuestos de esa índole parecen inclinarse por excluirlos del artículo 11.1 LOPJ

Pongamos como primer ejemplo el caso resuelto por la STS 457/2020, de 17 de septiembre. Se concluye en dicho pronunciamiento que la grabación subrepticia realizada por la madre de la víctima de unos abusos sexuales entre ésta y su progenitor no comporta la nulidad de la evidencia obtenida, “pues no consta que la grabación se realizara con la finalidad de obtener irregularmente pruebas orientadas a impulsar o servir en un eventual proceso penal”. Ello sin duda era así, pero de la lectura del caso concreto era también factible concluir que la madre tenía que asumir que la grabación acabaría en manos de la policía; circunstancia a la que la Sala Segunda no asigna ninguna relevancia.

“Por más que Beatriz instaló los mecanismos de grabación para confirmar su sospecha de que el acusado tenía una inapropiada relación con su hija, la constatación no buscaba ni se tradujo en la interposición de una denuncia o

en el impulso del proceso penal que ahora culmina. Antes al contrario, una vez que Beatriz conoció el contenido de la conversación, telefoneó de forma anónima a las dependencias de la policía municipal de su localidad para, desvelando los hechos, conocer qué podía o debía hacer. El atestado inicial refleja su actuación amparada en el anonimato, además de la persistencia de Beatriz en no desvelar su identidad pese a ser requerida para ello. Se recoge también que la única indicación que aceptó la pareja del acusado fue la de acudir personalmente al Servicio de Protección a la Infancia y, aunque después los servicios municipales terminaron por identificar a Beatriz y la mujer entregó la grabación a los agentes, queda constancia que persistió en su negativa a facilitar los datos de identidad de las personas intervinientes en la conversación, de modo que estos datos terminaron por ser descubiertos en virtud de específicas diligencias de investigación desplegadas por el grupo policial actuante”.

Atendiendo a dicha resolución, hemos de concluir que -aceptando el criterio intermedio antes expuesto, que esta sentencia viene a confirmar- solo será aplicable la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ en aquellos supuestos en los que el particular actúe con la concreta intención de preconfigurar una prueba a aportar a un procedimiento penal. Es decir, no bastará con que se vulnere un derecho fundamental con la intención de obtener o confirmar información que luego pueda ser transmitida a la policía o que se asuma que pueda acabar en un procedimiento (tal como, de hecho, aconteció en el caso resuelto por la sentencia citada), sino que será preciso que el exclusivo propósito de la actuación lesiva radique en la posterior aportación al proceso de la información o documentación obtenida.

Un interrogante semejante se suscita en los casos en que, si bien la vulneración del derecho no vino motivada por esa finalidad procesal, el sujeto toma con posterioridad la decisión de aportar a un procedimiento penal la información ilícitamente obtenida ¿Es condición necesaria para aplicar la regla de exclusión de la prueba que la vulneración del derecho se realice de antemano con el exclusivo propósito de obtener esa prueba para su aportación al proceso, o deberá también aplicarse cuando, pese a que inicialmente perseguía otra finalidad, el sujeto cambia sobrevenidamente de opinión y decide convertir la información en un medio de prueba?

Un buen ejemplo lo encontramos en la STS 569/2013, de 26 de junio,

previa al caso Falciani. El acusado por un delito de abuso sexual había sido absuelto por el órgano de primera instancia al concluir que la prueba -unos vídeos en los que se veía al acusado realizando tocamientos a una persona dormida- había sido obtenida por la hermana de la presunta víctima, y ex mujer del acusado, vulnerando el derecho a la intimidad del acusado, al haber accedido a la guantera de su vehículo sin su consentimiento para buscar pruebas de una infidelidad y haber visionado después los DVDs encontrados⁸¹. El Tribunal Supremo desestima los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, y confirma dicha absolución, ratificando la existencia de la vulneración del derecho fundamental y la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida pese a que lo que motivó la actuación de la denunciante fue la información de que en el vehículo podrían hallarse las pruebas de la relación de su ex pareja con una mujer. Aseveraba con rotundidad la Sala que esa conclusión se deriva de “lo previsto en el art. 11.1 LOPJ en términos de un rigor que, en la lectura más obvia del precepto, excluye cualquier otra alternativa que no implique una reescritura del mismo”.

En esa ocasión, el Tribunal Supremo no se planteó que la finalidad o la motivación de quien obtiene la información vulnerando derechos fundamentales tuviera relevancia para la interpretación y aplicación del artículo 11.1 LOPJ. Ni tampoco, por tanto, que esa finalidad fuera la que guiara la decisión de vulnerar el derecho. Sí lo hizo, no obstante, el votante particular de dicha Sentencia (Excmo. Sr. D. Antonio Del Moral García), con una argumentación que influirá de modo decisivo

⁸¹ Los Hechos Probados lo refieren en los siguientes términos: “Se considera probado y así se declara que el día 10 de febrero de 2011 Guillerma y su hermana Catalina formularon denuncia contra Juan Manuel, mayor de edad, sin antecedentes penales y esposo de esta última por la presunta realización de tocamientos inequívocamente sexuales sobre la persona de Guillerma, actos que habría llevado a cabo sin su consentimiento y estando ésta dormida y que habría grabado con su móvil, manifestando también sus sospechas de un posible abuso de igual naturaleza sobre Mireia, la hija menor de ambos por presentar en alguna ocasión irritación en sus genitales externos. Los denunciantes habían tenido conocimiento de los hechos que denunciaron cuando Catalina, que se hallaba separada de hecho de su esposo desde un tiempo antes que no ha quedado determinado, por infidelidades de éste, tras recibir una llamada telefónica de una mujer -su supuesta amante- refiriéndole que en el coche de Juan Manuel estaban las pruebas de la relación que sostenían, cogió un duplicado de las llaves que guardaba en su domicilio y se dirigió al lugar donde Juan Manuel tenía aparcado el vehículo y abriéndolo, halló en su interior la caja de bombones y el mapa de los que le había hablado su interlocutora telefónica y además unos CDS y DVDS que cogió y se llevó con la finalidad de averiguar que guardaba su esposo en ellos, lo que hizo con ayuda de Guillerma visionando su contenido en un ordenador del negocio de hostelería que esta regentaba. Catalina tomó y visionó los CDS y DVDS, que además de fotogramas y videos de contenido sexual referidos a Guillerma contenían otros relativos a terceras personas, sin consentimiento de Juan Manuel “.

-hasta la literalidad- en la STS 116/2017⁸². Dos son las razones principales por las que el voto particular concluye que no debiera haberse aplicado la regla de exclusión probatoria. El primero -ya conocido- es “que el atentado no provenga del Estado -frente al que los ciudadanos se encuentran en una posición de mayor debilidad que hay que reforzar mediante reglas más drásticas-”. El segundo es “que la prueba que se tilda de inutilizable se haya obtenido “casualmente” en el sentido antes dicho (...), es decir sin la intención de recabar elementos probatorios para aportarlos a un proceso”.

“Es una prueba a la que se ha accedido sin pretenderlo. Es un hallazgo ‘casual’ en el sentido de ‘no esperado’, no ‘buscado premeditadamente’, lo que no equivale a afirmar que el atentado a la intimidad no fuese intencional. Lo era en el sentido de que se sabía y se asumía voluntariamente que esa actuación se inmiscuía en el ámbito de privacidad del después acusado. Pero no se adoptó esa iniciativa con el propósito de ‘obtener’ material probatorio para utilizar en un proceso. (...) Pero cuando con lo que se topa quien realiza tal conducta, sin esperarlo y sin poder intuirlo, es con la prueba de un presunto delito, la actuación escapa a las previsiones del art. 11.1 LOPJ. Si quien atentó contra la intimidad actuaba guiado por el móvil de recabar elementos probatorios para mejorar o alcanzar una posición procesal, habrá que tachar de ilícita e inutilizable tal prueba. Cuando la vulneración del derecho fundamental no iba presidida por ese propósito nos movemos en un terreno muy diferente del que contempla el art. 11.1 LOPJ”.

3. La doctrina Falciani en las investigaciones internas. Posiciones doctrinales

La opción por una de las posibilidades interpretativas expuestas conllevará relevantes consecuencias para el alcance de la regla de exclusión en el marco de las investigaciones internas cuando es la empresa –sin lugar a dudas un particular, a estos efectos- la que obtiene un elemento de prueba con vulneración de derechos fundamentales. Así, si se asume la tesis estricta, la regla prevista en el artículo 11.1 LOPJ no será aplicable a las vulneraciones de derechos cometidas por la empresa en la investigación interna realizada, puesto que será prácticamente inverosímil un caso en el que la empresa actúe bajo la dirección

⁸² El mismo DEL MORAL GARCÍA, 2023, p. 40, nota 9, pone de relieve, elegantemente, que la STS 116/2017 se dictó “recogiendo el guante del voto particular de la STS 569/2013, de 26 de junio”.

o en colaboración directa con la policía⁸³. Esa contraintuitiva conclusión se soslayaría en buena medida si se opta por la tesis intermedia, en virtud de la que deberá aplicarse la regla de exclusión también a los supuestos en los que la obtención de elementos probatorios se ha buscado de propósito para ser utilizados en un procedimiento judicial. Ciertamente, no será inhabitual que la empresa inicie una investigación interna -previa existencia de sospechas de ilicitud- con el fin de obtener prueba para ser después utilizada en un procedimiento, ya con el fin de justificar el despido del trabajador, ya para atribuirle responsabilidad penal, ya -como elemento de defensa- para acreditar el quebrantamiento indebido de las medidas de control⁸⁴.

Ahora bien, en la práctica habrá muchas ocasiones en las que en el momento en que se decide iniciar una investigación interna no se habrá adoptado una decisión sobre la utilización como prueba de los hallazgos que puedan obtenerse. Lo habitual será, de hecho, que la decisión estratégica de aportar los resultados de la investigación a un procedimiento penal se adopte una vez concluida y en función de los resultados que haya arrojado la investigación. En tales casos, por tanto, la adopción de esa interpretación intermedia antes aludida, al menos si se interpreta de modo riguroso, dará lugar a que tampoco sea aplicable la regla de exclusión a estos grupos de casos -quizá los más habituales en la realidad práctica-, careciendo por tanto de consecuencias procesales la vulneración de derechos fundamentales. Una exégesis razonable -así como, en su caso, una crítica razonable de la doctrina Falciani se revela por tanto esencial para determinar los riesgos inherentes a la exacerbación de la eficacia de las investigaciones llevadas a cabo por la empresa.

En la doctrina penal y procesal no existe consenso sobre cómo debe interpretarse la doctrina Falciani. Lo que sí resulta indudable es que con ella la Sala Segunda propugna una aplicación más restrictiva del artículo 11 LOPJ cuando la ilicitud se causa por un particular⁸⁵, lo que ha generado no pocas voces críticas por parte de la academia⁸⁶. Se afirma, así, que restringe injustificadamente y *contra reo* el ámbito de aplicación de la ley, recortando con ellos los derechos y garantías de los ciudadanos⁸⁷, que supone la conclusión de un proceso de deconstitu-

⁸³ ESTRADA I CUADRAS, 2020, p. 243.

⁸⁴ ESTRADA I CUADRAS, 2020, p. 234.

⁸⁵ Así, además de los autores citados a continuación, POUCHAIN, 2022, p. 93.

⁸⁶ Aunque también hay voces elogiosas, que incluso consideran que el Tribunal Supremo se ha quedado corto en la restricción de la regla de exclusión probatoria. Véase RICHARD GONZÁLEZ, 2017.

⁸⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, 2017, p. 18 y 21; RENEDO ARENAL, 2022, pp. 155 ss.

cionalización del artículo 11 LOPJ⁸⁸, que ignora su letra y su espíritu y pone fin a una época de respeto a los derechos fundamentales cuando se violan para obtener pruebas⁸⁹, o que frente a criterios de causalidad e imputación objetiva como los que rigen con carácter general para la prueba ilícita, se introducen arbitrarios elementos subjetivos, haciendo depender la ilicitud de la finalidad perseguida por el particular que se apodera ilegalmente de datos íntimos para emplearlos como prueba⁹⁰.

A partir de la concatenación de dos requisitos de *licitud* recogidos en un pasaje en la STS 116/2017 -“la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame”-, algunos autores parecen acoger la tesis intermedia, al concebir que, si ambos requisitos deben darse cumulativamente para que la obtención de la prueba sea *lícita*, tan pronto como la conducta lesiva de derechos sí hubiera venido guiada por la finalidad de “prefabricar” prueba, la conducta será ilícita⁹¹. De ese modo, una investigación interna dirigida de antemano a hacer acopio probatorio para su posterior uso procesal en la que se lesiona un derecho fundamental verá impedido el acceso de la prueba obtenida al proceso por aplicación de la regla de exclusión probatoria.

Más moroso se muestra otro sector doctrinal a la hora de extender el ámbito de aplicación del artículo 11 LOPJ a la obtención de prueba por parte de una empresa, postulando -en la línea de la tesis estricta antes mencionada- que la regla de exclusión probatoria única-

⁸⁸ MOSQUERA BLANCO, 2018, p. 21.

⁸⁹ ASENSIO MELLADO, 2019, p. 2, refiriéndose a la STC 97/2019, que avala la constitucionalidad de la STS 116/2017. En semejante línea crítica, con muy atendibles argumentos, MUÑOZ ARANGUREN, 2023, pp. 307 ss.

⁹⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, 2017, p. 20.

⁹¹ Si no los interpreto mal, en esta línea podrían situarse los planteamientos de TEJADA PLANA, 2020, pp. 204 ss.; y de GIMENO BEVIÁ, 2021, pp. 151 ss. No obstante, no alcanzo a entender a este último autor cuando afirma lo siguiente: “El *quid* de la cuestión, sin embargo, radica en la consideración o no de las investigaciones internas como instrumentos para la prefabricación de pruebas que serán utilizadas posteriormente en un proceso penal. Insistimos en que es obvio que si existe vulneración de los derechos fundamentales de las personas físicas en el transcurso de la investigación la prueba obtenida vulnerando derechos deberá ser excluida ex art. 11 LOPJ. Y ello será así por la vulneración del derecho fundamental, no porque la persona jurídica tenga la intención de prefabricar pruebas para, posteriormente iniciar un proceso penal frente a sus empleados”. La vulneración del derecho fundamental es la premisa necesaria para cuestionar la aplicación del artículo 11 LOPJ. Lo que plantea la doctrina Falciani es en qué casos debe aplicarse la regla de exclusión probatoria *cuando se ha producido esa vulneración*. Si no hay vulneración de derechos, no hay nada que discutir. Según parece entender Gimeno, sin embargo, siempre que haya una vulneración de derechos en la obtención de la prueba deberá aplicarse el artículo 11 LOPJ, por lo que para él toda la doctrina Falciani debiera ser superflua.

mente entrará en juego cuando la investigación pueda ser imputable al Estado⁹². Desde esta perspectiva, el único fundamento relevante es “hasta qué punto se puede atribuir al Estado el resultado de las investigaciones internas”⁹³. Para ello “la sola cooperación entre particulares y autoridades investigadoras no es suficiente”⁹⁴; sino que “lo que hace falta es identificar cuándo debe considerarse a la empresa como un instrumento o brazo extendido del Estado”⁹⁵; y “la persona jurídica solo se convierte funcionalmente en un instrumento de las autoridades si estas tienen conocimiento de las actividades investigativas privadas y le permiten actuar con la intención de que reemplacen las propias funciones del Estado”⁹⁶. Más concretamente, los dos criterios manejados por este sector doctrinal para imputar al Estado la actividad investigadora son los siguientes: (i) cuando la investigación interna es directamente inducida o encargada por el Estado⁹⁷; (ii) o bien cuando las autoridades demoran sus propios esfuerzos de investigación con la finalidad de utilizar los hallazgos emanados de la investigación privada, sacando con ello provecho de la iniciativa probatoria privada⁹⁸.

A la hora de cotejar esa concepción con la doctrina Falciani, pondera Pouchain los dos criterios enunciados por la Sala Segunda para

⁹² En este sentido, POUCHAIN, 2022, pp. 94 ss.; ESTRADA, 2020, pp. 237 ss. Si bien es cierto que ambos autores se refieren a las consecuencias de la infracción de garantías procesales (sobre todo referidas al derecho a no autoincriminarse) en las entrevistas personales por parte de la empresa, al menos el primero de ellos vincula los criterios propuestos directamente con la doctrina Falciani, asumiéndolos, por tanto, como criterio de interpretación de la prueba ilícita *tout court*. Estrada, sin embargo, parece circunscribir sus propuestas al caso específico de las entrevistas.

⁹³ POUCHAIN, 2022, p. 94.

⁹⁴ POUCHAIN, 2022, p. 96. En sentido semejante, afirma ESTRADA I CUADRAS, 2020, p. 241, que “no cabe imputar por defecto al Estado las investigaciones internas llevadas a cabo por una entidad particular en cumplimiento de sus deberes de cumplimiento normativo. El hecho de que nuestro ordenamiento jurídico-penal no solo prevea atenuaciones por la colaboración con el esclarecimiento del hecho, sino que imponga el deber penal de investigar a fin de prevenir la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, no son razones suficientes para atribuir la concreta investigación interna a la autoridad competente”.

⁹⁵ POUCHAIN, 2022, p. 97.

⁹⁶ POUCHAIN, 2022, p. 97.

⁹⁷ POUCHAIN, 2022, pp. 98 ss.; ESTRADA I CUADRAS, 2020, p. 241, destaca que “no solo cabe imputar al Estado las investigaciones privadas que sus representantes hayan instigado o co-configurado, sino también aquellas que el particular ha implementado de forma antijurídica (con uso de violencia o intimidación, por ejemplo) con la tolerancia de las autoridades públicas competentes”.

⁹⁸ POUCHAIN, 2022, p. 99. Estrada, por su parte, rechaza ese supuesto (“cuando las autoridades públicas competentes de la investigación del hecho hayan planificado su actuación contando con aprovecharse deliberadamente de los resultados de una investigación interna en la que no se han observado las garantías previstas por la normativa procesal penal”) como criterio de imputación al Estado, si bien le asigna la misma consecuencia -ilicitud de la prueba- entendiéndolo como un fraude de ley.

finalmente acoger únicamente el primero -la conexión con la actividad estatal- como núcleo de la argumentación jurisprudencial, considerándolo plenamente compatible con la enunciada teoría de la imputación al Estado. Sin embargo, rechaza el criterio basado en la voluntad de prefabricar pruebas como parámetro de ilicitud, al no ser coherente con el fundamento de la regla de exclusión probatoria -la finalidad de disuasión policial- y entendiéndolo que funciona “mucho más como un argumento retórico que como un criterio autónomo y proporcionado para atraer la protección de los derechos fundamentales”⁹⁹.

Así, sostiene que, si bien la expectativa de que la información se utilice en un futuro por el Estado en un procedimiento penal ya indica mínimamente la relación entre causa y efecto, esa conexión no es suficiente: “¿Se puede tomar en serio aquí un criterio para la prohibición probatoria tan solo sobre la voluntad de preconstitución probatoria -la causa-, ignorándose completamente la manera por la cual se da su aprovechamiento procesal, es decir, su efecto?” La respuesta es claramente negativa, dado el fundamento de la regla de exclusión probatoria de que parte el autor:

En esos casos “no hay por parte del Estado ningún conocimiento, aquiescencia, tolerancia o expectativa de aprovechamiento de las evidencias en el proceso penal. Luego, no habiendo por parte de las autoridades cualquier conocimiento sobre las conductas privadas y ni tampoco la infracción de un deber de cuidado, no hay cómo las reglas de prohibición probatoria podrían funcionar aquí como el mecanismo de disuasión de la mala conducta de los órganos estatales”¹⁰⁰.

Por ello, concluye Pouchain que “el objetivo de preconstituir evidencias probatorias, aisladamente, no tiene suficiente consistencia para determinar la prohibición de las pruebas obtenidas ilícitamente por los particulares”¹⁰¹.

Por lo que respecta a la tercera alternativa exegética, resulta ciertamente más difícil sostener una interpretación amplia de la doctrina Falciani, si por tal -como proponíamos *supra*- entendemos la tesis que admite la aplicación del artículo 11 LOPJ también a los casos en los que la pesquisa lesiva de derechos efectuada por el particular no viene presidida por la intención de obtener prueba para ser presentada a un

⁹⁹ POUCHAIN, 2022, p. 102.

¹⁰⁰ POUCHAIN, 2022, p. 102.

¹⁰¹ POUCHAIN, 2022, p. 102.

proceso. Casos, por acudir al símil, de “*dolus subsequens*”, en los que la decisión de aportar el hallazgo obtenido al proceso se adopta con posterioridad; o casos de “dolo” eventual o condicionado, en los que la decisión de aportar el hallazgo se hace depender del cumplimiento de circunstancias diversas. En realidad, esa tesis conllevaría asumir una concepción cuasiobjetiva y, si se quiere, extensiva del artículo 11 LOPJ, contraria por ello a la vocación restrictiva que preside la doctrina Falciani.

Con independencia de lo anterior, y en relación directa con el objeto inmediato de estas páginas, algunos autores han planteado interpretaciones extensivas de los propios criterios empleados por la sentencia del caso Falciani, a fin de desplegar los efectos del artículo 11 LOPJ a las investigaciones internas empresariales, incluso desde la más estricta exégesis basada en la imputación al Estado. Así, se ha afirmado que “no es descabellado pensar que contribuir al esclarecimiento de los hechos para obtener una atenuación de responsabilidad supone una conexión, al menos indirecta, con la actividad estatal de investigación de los delitos, pues no se debe perder de vista que (...) las pruebas que se aportan por la persona jurídica se dirigen de forma inmediata a esclarecer los hechos delictivos y las responsabilidades que se derivan de ellos, y de forma mediata, pueden permitirle conseguir una atenuación de responsabilidad”¹⁰². En línea similar, Juliá Pijoan enumera una serie de circunstancias en virtud de las que podría justificarse la existencia de una conexión de las investigaciones internas con la acción estatal y, con ello, incluirlas bajo el ámbito de la doctrina Falciani¹⁰³: (i) las investigaciones internas responden a la presión del legislador para que sean los entes privados quienes desplieguen una actividad investigadora, ofreciéndoles recompensas como causas de exención y atenuación de responsabilidad; (ii) existe una plena identidad con la función de esclarecimiento de hechos con apariencia delictiva que tiene atribuida en exclusiva el Estado; (iii) los programas de cumplimiento se originan como parte indispensable de la política criminal del Estado, a través de una cooperación público-privada, surgiendo las investigaciones internas de la dificultades que las autoridades públicas tienen a la hora de perseguir delitos dentro de la empresa.

Desde esta perspectiva, incluso desde la más estricta tesis exegética basada en la teoría de imputación al Estado podría vincularse el

¹⁰² COLOMER HERNÁNDEZ, 2019, p. 643. Concluye por ello este autor que con ello se satisfaría el requisito exigido por la sentencia 116/2017.

¹⁰³ JULIÁ PIJOAN, 2021, pp. 343 ss., relacionándolas con los criterios desarrollados por la jurisprudencia estadounidense para considerar a las investigaciones internas como *state action* y asignarles, por tanto, las garantías derivadas de los derechos fundamentales.

artículo 11 LOPJ a las investigaciones internas, siempre que, como hacen estos autores, se acoja una interpretación amplia de ese criterio; propuesta que, sin embargo, los defensores de esa teoría de la imputación rechazan¹⁰⁴ y que quizá traicione el propio entendimiento que el Tribunal Supremo hace de ese criterio de la conexión con la actividad estatal.

4. Consideraciones críticas a la exégesis restrictiva de la exclusión de pruebas de particulares

4.1. La progresiva restricción de la regla de exclusión probatoria

Ha podido afirmarse, no sin razón, que la doctrina Falciani, tanto la sentencia del Tribunal Supremo como la STC 97/2019, continúa la tendencia jurisprudencial restrictiva a la aplicación de la regla de exclusión probatoria¹⁰⁵. Un primer escalón en esa progresiva restricción lo constituyó la STC 81/1998, de 2 de abril¹⁰⁶. Frente a la rotundidad, carente de excepciones, del mandato que estableció el legislador en el año 1985 con el artículo 11 LOPJ, la citada sentencia incorporó a la exégesis del referido precepto un conjunto de excepciones -provenientes de la doctrina del Tribunal Supremo estadounidense- configurándolas bajo la compleja y vaga teoría de la conexión de antijuridicidad¹⁰⁷. Frente a la literalidad del artículo 11 LOPJ, que no hacía distinciones entre la prueba directa y la indirectamente obtenida de una violación de derechos¹⁰⁸, la teoría de la conexión de antijuridicidad, con la introducción de criterios valorativos y de imputación, restringió considerablemente el ámbito de la nulidad probatoria para la prueba refleja o indirecta, abriendo además puertas y ventanas a la inseguridad jurídica¹⁰⁹.

¹⁰⁴ POUCHAIN, 2022, p. 97.

¹⁰⁵ Así, ASECIO MELLADO, 2019, pp. 1 s.; MUÑOZ ARANGUREN, 2023, pp. 307 ss. Sobre esa evolución desde el “expansionismo sin límites al más puro reduccionismo”, véase GÓMEZ COLOMER, 2008.

¹⁰⁶ En este sentido, GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 79; ASECIO MELLADO, 2009, pp. 85 ss.; ARMENTA DEU, 2011: “auténtico punto de inflexión hacia posiciones restrictivas”; MUÑOZ ARANGUREN, 2023, pp. 309.

¹⁰⁷ GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 79: “En realidad, con la tesis de la conexión de antijuridicidad lo que pretende el Tribunal Constitucional (y la doctrina que lo secunda) es justificar excepciones a la regla de exclusión de pruebas ilícitas; lo cual -aunque obviamente no se verbalice- obedece entre otras cosas a la existencia de una presión social en ese sentido”.

¹⁰⁸ Y que, por ello, se entendía que acogía la denominada teoría de los frutos del árbol envenenado, a partir de una mera conexión causal entre el origen ilícito y las pruebas conexas (véase, ASECIO MELLADO, 2009, p. 88; MIRANDA ESTRAMPES, 2010, p. 139).

¹⁰⁹ “Doctrina, todo sea dicho, de una notable vaguedad, que impide realizar pronósticos ciertos sobre lo que dirán las resoluciones que decidan sobre la licitud de la prueba y que dificulta sobremanera un control intersubjetivo de las verdaderas razones manejadas para optar por una solución o la contraria” (MUÑOZ ARANGUREN, 2023, pp. 309).

Es cierto que ya la STC 114/1984, antecedente directo del artículo 11 LOPJ, ponía de relieve la necesidad de ponderar en cada caso los intereses en tensión a fin de determinar si debía prevalecer el interés público en la obtención de la verdad o el interés de la plena eficacia de los derechos constitucionales¹¹⁰, y que la teoría de la conexión de antijuridicidad no es sino la plasmación -quizá innecesariamente alambicada- de un conjunto de criterios de proporcionalidad¹¹¹. Pero a esa idea cabe oponer que, frente a la situación existente en 1984, tras la entrada en vigor de la LOPJ es el legislador el que ha fijado las bases -o los límites- de esa ponderación, debiendo proscribirse, por contrarias al principio de legalidad, ponderaciones *contra legem*¹¹² que, ignorando la referencia legal a las pruebas “indirectamente” obtenidas de la vulneración de derechos, prácticamente eliminan la eficacia refleja de la prueba ilícita¹¹³. En cualquier caso, excede del objeto de estas páginas entrar a analizar hasta qué punto la doctrina de la conexión de antijuridicidad excede del tenor literal y del *telos* del artículo 11 LOPJ.

Un segundo hito de esa paulatina restricción puede situarse en la STC 22/2003, de 10 de febrero. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional extiende las excepciones a la aplicación de la regla de exclusión también a la prueba directa, y no solo a la derivada como se propugnaba con la teoría de la conexión de antijuridicidad. En concreto, se concluye que la excepción de la buena fe permite excepcionar la aplicación de dicha regla en los casos en que la policía actuó sin dolo o imprudencia, en la creencia invencible de que su intervención era acorde a la legalidad¹¹⁴. Si bien puede afirmarse

¹¹⁰ “El problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos”.

¹¹¹ En sentido similar, GASCÓN INCHAUSTI, 2020, p. 783-784; MUÑOZ ARANGUREN, 2023, pp. 310.

¹¹² Así, MUÑOZ ARANGUREN, 2023, p. 312. Cabe oponer también que, de cualquier modo, los límites que la STC 114/1984 establecía a dicha ponderación eran bastante más limitados. Véase ASECIO MELLADO, 2019, p. 6.

¹¹³ Véase ARMENTA DEU, 2011, pp. 123 ss., 125 ss.; GÓMEZ COLOMER, 2008, p. 129, en relación con las críticas emitidas por la doctrina a la STC 81/1998.

¹¹⁴ “(E)l sistema de excepciones en que se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, se refiere, en principio, a la prueba derivada o refleja, y su razón de ser, como expresamente establecimos en STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4, es que “tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad consti-

que estamos ante un pronunciamiento aislado, y que realmente el Tribunal Constitucional se ha resistido a derivar las consecuencias de esa excepción¹¹⁵, no sobra destacar que la STC 97/2019 ha dado carta de naturaleza a la aplicación del juicio ponderativo también a la prueba directa y, con ello, a la posibilidad de admitir, según las circunstancias del caso concreto, pruebas directamente obtenidas con vulneración de derechos fundamentales¹¹⁶.

La sentencia del Tribunal Supremo que se ocupa del caso Falciani introduce una modulación restrictiva adicional al artículo 11 LOPJ. Si hasta el momento los criterios de ponderación se habían proyectado sobre la relación directa o indirecta de las fuentes de prueba con la violación del derecho, la doctrina Falciani, como ya hemos visto, incorpora una nueva exégesis limitadora en la aplicación de la regla de exclusión a los particulares. Allí donde el legislador no había distinguido, la Sala Segunda efectúa una reducción teleológica del precepto¹¹⁷ para, en virtud del fundamento basado en el *deterrence effect*, establecer criterios de ponderación específicos, y más restrictivos, para los casos de obtención privada de las fuentes de prueba. Pero si la llamada doctrina Falciani constituye, a juicio de algunos autores, el “punto de no retorno”¹¹⁸, la agonía¹¹⁹ o incluso la muerte¹²⁰ de la prueba ilícita, no se debe únicamente al referido pronunciamiento del

tucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad)“ (...) La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba (...) En casos como el presente (...) en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar”. Crítico con dicha sentencia, por ejemplo, GÓMEZ COLOMER, 2008, p. 144; MIRANDA ESTRAMPES, 2010, p. 141-142.

¹¹⁵ La consecuencia de una aplicación coherente de la excepción de la buena fe pasaría por declarar lícitas la inmensa mayoría de los supuestos de obtención probatoria con vulneración de derechos, que nada tienen que ver con actuaciones dolosas de la policía (patadas en las puertas, etc.) sino con defectos de motivación en los Autos habilitantes dictados por los jueces de instrucción. Más sobre esto, *infra*.

¹¹⁶ STC 97/2019: “Cuando la violación del derecho fundamental es la fuente inmediata de conocimiento de los elementos de convicción que pretenden incorporarse al acervo probatorio existe, a priori, una mayor necesidad de tutela sin que esto impida, no obstante, apreciar excepcionalmente que tales necesidades de tutela no concurren por ausencia de conexión jurídica suficiente entre la violación del derecho fundamental sustantivo y la integridad y equidad del proceso correspondiente”.

¹¹⁷ Sobre la figura de la reducción teleológica, véase LARENZ, 1994, pp. 351, 385 ss.

¹¹⁸ MUÑOZ ARANGUREN, 2023, p. 310.

¹¹⁹ MUÑOZ ARANGUREN, 2023.

¹²⁰ ASENSIO MELLADO, 2019.

Tribunal Supremo, sino también a su convalidación constitucional por virtud de la STC 97/2019.

Partiendo de la doctrina anterior, en dicha sentencia el Tribunal Constitucional establece que -como ya asumiera la STC 114/1984- la inadmisibilidad de la prueba ilícita no se deriva del derecho fundamental lesionado con ocasión de la obtención de la fuente de prueba, sino que “tiene naturaleza estrictamente procesal” por lo que ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo (art. 24.2 CE), cuya eventual vulneración debe abordarse “a través de un juicio ponderativo tendente a asegurar el equilibrio y la igualdad de las partes, esto es, la integridad del proceso en cuestión como proceso justo y equitativo”. Como presupuesto adicional para resolver el amparo, asevera el Alto Tribunal que la prohibición constitucional de admisión de la prueba ilícita constituye una “prohibición instrumental”; es decir, un “mandato constitucional de identificar aquellas vulneraciones de derechos fundamentales consumadas justamente para quebrar la integridad del proceso, esto es, encaminadas a obtener ventajas procesales en detrimento de la integridad y equilibrio exigibles en un proceso justo y equitativo”. Y que, por ello, la exclusión de la prueba del acervo probatorio no ha de decidirse de modo automático -como sostenía el recurrente en amparo a partir de una exégesis gramatical del artículo 11 LOPJ-, sino a partir del referido juicio de ponderación, basado en los criterios de la teoría de conexión de antijuridicidad; ponderación que será aplicable no solo a la prueba refleja sino también, como hemos visto, a la prueba directa. A partir de tales premisas, concluye la sentencia que la interpretación que el Tribunal Supremo hace del artículo 11.1 LOPJ es plenamente compatible con las garantías del proceso justo, pues resulta coherente con la idea de que la inadmisión de la prueba se basa en la proscripción de la violación instrumental de derechos fundamentales producida para obtener pruebas.

La sentencia del Tribunal de garantías ha sido criticada básicamente por dos órdenes de razones. En primer lugar, por avalar la exégesis reduccionista, *contra legem* y *contra reo*, del artículo 11.1 LOPJ efectuada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En segundo lugar, por degradar la inadmisibilidad de la prueba ilícita a una mera cuestión procesal de legalidad ordinaria, despojándola del rango de garantía constitucional acogida por la STC 114/1984. Con ella, en suma, se consolida y perfecciona la vocación abrogatoria iniciada por la STC 81/1998, traicionando el inicial afán garantista del legislador orgánico de 1985¹²¹.

¹²¹ Críticos con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, ASECIO MELLADO, 2019,

4.2. *A vueltas con el fundamento de la regla de exclusión probatoria*

La dicotomía que poníamos de relieve con ocasión de la interpretación constitucional de los conflictos de derechos entre reglas y principios es también útil para ilustrar el progresivo debilitamiento de la inadmisibilidad de la prueba ilícita¹²². Creo que no es descabellado, en este sentido, afirmar que el mandato establecido por el legislador en el artículo 11.1 LOPJ ha dejado de entenderse como una regla para asumirse como un principio. Su comprensión como regla no implica, desde luego, que no tuviera que ser sometido a un proceso de interpretación para su aplicación al caso concreto, ni que no hubiera, por tanto, que ponderar las circunstancias fácticas para acomodar su marco axiológico al caso concreto, pero sí exige el sometimiento del intérprete y aplicador del precepto no solo al tenor literal sino también a dicho marco axiológico, en el entendimiento de que es el legislador el que ya ha efectuado una inicial ponderación entre los intereses en conflicto y ha situado el mayor peso en uno de los fieles de la balanza. Esa ponderación *ex lege* es destacada atinadamente por Fernando Gascón¹²³:

“En nuestro ordenamiento, el legislador optó en 1985 por resolver por sí mismo el dilema, y siempre a favor de los derechos fundamentales: se buscaba evitar con ello que una norma abierta, que permitiera a los tribunales efectuar en cada caso concreto una ponderación de intereses con arreglo a criterios de proporcionalidad, desembocara en resultados prácticos indeseados –en términos de desprotección de derechos fundamentales o de desigualdades de trato inaceptables–. No es que la regla de exclusión probatoria estricta se oponga al principio de proporcionalidad; se trata, más bien, de que el legislador ha decidido efectuar él mismo un juicio generalizado de proporcionalidad y resolverlo siempre a favor del acusado”.

Frente a ello, entendido como principio, las posibilidades de excepcionar la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en el artículo

passim; CORDÓN MORENO, 2019, *passim*; RENEDO ARENAL, 2022, pp. 147-148; MUÑOZ ARANGUREN, 2023, pp. 310, 316 s., 340, 346; ALTÉS TÁRREGA/FITA ORTEGA, 2022, p. 93: “Lo que es innegable es que la sentencia del Tribunal Constitucional, mantiene la imperante corriente restrictiva de los derechos fundamentales y libertades, que pretende evitar situaciones de impunidad y proteger a la autoridad pública frente a los fallos en la investigación, en aras de satisfacer los intereses de una sociedad que prima la seguridad sobre la libertad”.

¹²² Sobre otras manifestaciones de esa mutación de reglas a principios (con la consiguiente reducción de garantías) en el proceso penal, véase ALCÁCER GUIRAO, 2013, p. 10 y *passim*.

¹²³ GASCÓN INCHAUSTI, 2020, p. 796.

11.1 LOPJ (obviando ahora el principio de legalidad) se multiplican exponencialmente, porque se hará depender de factores enteramente coyunturales (tal como, por ejemplo, el grado de dolo o negligencia con que se cometió la vulneración del derecho) y de parámetros valorativos mutables (en función de las necesidades de tutela del derecho fundamental vulnerado en cada caso, tal como también propugna la teoría de la conexión de antijuridicidad) generándose, sin lugar a dudas, mayores niveles de discrecionalidad judicial¹²⁴ y, con ello, mayores cotas de inseguridad jurídica -como la que se reprocha, de hecho, por un nutrido sector doctrinal a dicha teoría-.

A su vez, esa mutación de regla a principio guarda, me parece, una estrecha relación con la controversia sobre el fundamento de la regla -o principio- de exclusión probatoria. La paulatina restricción del ámbito de aplicación del artículo 11.1 LOPJ responde, en este sentido, a un cambio de criterio sobre el fundamento por el que deben inadmitirse las pruebas contaminadas de ilicitud, pasando a asignar mayor relevancia a un fundamento de carácter teleológico o pragmático, basado en un fin de prevención de riesgos futuros frente a los derechos vulnerados a través de la disuasión policial, en detrimento de uno deontológico, basado en el derecho del ciudadano a un proceso justo¹²⁵.

En la concepción inicial del Tribunal Constitucional plasmada en la STC 114/1984, la regla de exclusión se asumía como una garantía objetiva, de carácter procesal y rango constitucional, derivada de la posición preferente de los derechos fundamentales e incardinada en el derecho a un proceso con todas las garantías¹²⁶. Los derechos fundamentales determinan las reglas del juego en el Estado de Derecho, por lo que la conformación y utilización en el proceso de una prueba cuya obtención ha conllevado la lesión de un derecho fundamental conllevará una quiebra en la integridad del proceso con todas las garantías¹²⁷. En el ámbito penal, se vulnerará también, en última instancia, el derecho a la presunción de inocencia -piedra angular del proceso penal- tan pronto la condena se haya nutrido de esa prueba contaminada.

Esa concepción inicial se modifica en lo que ha podido denominarse

¹²⁴ GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 81.

¹²⁵ Ambas concepciones suelen enfrentarse, a su vez, en torno a dos “tradiciones”: la anglosajona y la continental. En palabras de DEL MORAL GARCÍA, 2023, p. 38: “En la anglosajona predominan -sin que falten matizaciones- los aspectos utilitaristas, más acordes con el temperamento pragmático de ese mundo. La continental goza de un fundamento más dogmático, esencialista y ontológico”. Véase también, MIRANDA ESTRAMPES, 2010, pp. 134 ss.

¹²⁶ Véase MIRANDA ESTRAMPES, 2010, p. 136; GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 78.

¹²⁷ MUÑOZ ARANGUREN, 2022, pp. 312, 345.

un “proceso de norteamericanización” de la regla de exclusión, iniciado con la STC 81/1998 -que introdujo el conjunto de excepciones acogidas por el Tribunal Supremo americano en la teoría de la conexión de antijuridicidad-. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional incorpora el fundamento preventivo, basado en las necesidades de disuasión y protección del derecho concernido¹²⁸. En efecto, es desde tal fundamento preventivo que adquiere sentido que la inadmisibilidad de la prueba dependa de factores como la negligencia o dolo de la vulneración -pues si la policía actuó de buena fe no tendría sentido la disuasión¹²⁹- o la ponderación de las necesidades de tutela del derecho fundamental lesionado. Es ese fundamento preventivo, en suma, el que justifica la introducción de excepciones a la regla de exclusión basadas en la ponderación de dichas necesidades preventivas, pues si estamos ante un mero instrumento disuasorio no habrá de ser de aplicación cuando no existan necesidades de prevención, o bien cuando tal prevención no resulte efectiva¹³⁰.

Ciertamente, no estamos ante fundamentos incompatibles¹³¹, pero el énfasis en uno u otro tendrá implicaciones relevantes en las consecuencias de la prueba obtenida por particulares. Como afirma Vives Antón, “la doctrina de la disuasión policial tiene un fundamento pragmático que, en Estados Unidos, lleva a negar la exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente por particulares”¹³². Frente a ello, en la concepción basada en la integridad del proceso con todas las garantías será irrelevante si, como alude la STC 114/1984, la vulneración proviene de actos públicos o privados.

Como hemos visto, la doctrina Falciani acoge nítidamente dicho fundamento de corte preventivo. Y es en ese presupuesto en el que justifica la restricción de la exclusión probatoria ante lesiones de particulares.

¹²⁸ En este sentido, MIRANDA ESTRAMPES, 2004, p. 131-132; MIRANDA ESTRAMPES, 2010, p. 136-137; GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 80.

¹²⁹ Así argumenta, de hecho, la propia STC 81/1998: (...) “Ese dato excluye tanto la intencionalidad como la negligencia grave y nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”. Véase MIRANDA ESTRAMPES, 2010, p. 136.

¹³⁰ En palabras de MIRANDA ESTRAMPES, 2010, p. 137-138: “La regla de exclusión ha dejado de ser una garantía procesal de carácter constitucional derivada de la posición preferente que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento jurídico para convertirse en un simple remedio judicial que puede dejar de aplicarse cuando las necesidades de tutela de los derechos fundamentales sustantivos no lo exijan”.

¹³¹ MUÑOZ ARANGUREN, 2023, p. 312.

¹³² VIVES ANTÓN, 2002, p. 8, poniendo de manifiesto, además, que ese “modo de argumentar es difícilmente compatible con la tradición europea”. En igual sentido, MIRANDA ESTRAMPES, 2010, p. 135.

Si bien no existe unanimidad en la jurisprudencia de la Sala Segunda sobre la razón de ser de la regla de exclusión¹³³, la amplia aceptación de la doctrina Falciani parece orientar la línea mayoritaria hacia la tesis preventiva. No obstante -y obviando ahora la elasticidad de la teoría de la conexión de antijuridicidad-, ello dependerá también de cuál sea la interpretación que sobre esa doctrina acabe imponiéndose: mientras la tesis estricta -la que exige la imputación de la obtención probatoria ilícita al Estado- solo es compatible con el fundamento preventivo, la que hemos llamado tesis intermedia -que sitúa en pie de igualdad las lesiones de derechos preordenadas a la obtención de prueba, ya sean públicas o privadas- se acomoda razonablemente a un fundamento basado en la integridad garantística del proceso.

4.3. *Crítica a la tesis estricta (I): ¿una ilicitud probatoria solo penal?*

La tesis estricta, en efecto, solo es compatible con el referido fundamento preventivo. Entendido en su sentido estricto y originario -tal como lo reproduce la STS 116/2017-, esa finalidad preventiva tenía por exclusivo destinatario al Estado; se perseguía, así, disuadir a las fuerzas y cuerpos de seguridad de obtener elementos incriminatorios a costa del sacrificio de los derechos del ciudadano declarando la nulidad y la expulsión de esas fuentes de prueba. Desde tal premisa adquiere pleno sentido que el ámbito de aplicación de la exclusión probatoria se circunscriba a los casos en los que la obtención ilícita de la fuente de prueba está dirigida, gobernada, instigada o tolerada por la policía; esto es, cuando pueda ser imputada al Estado; y que la obtención de pruebas por un particular desvinculada del Estado deba recibir un diferente tratamiento, puesto que ningún efecto disuasorio habría de generar la exclusión de dicha prueba sobre los agentes estatales¹³⁴.

Con independencia de si es la interpretación más acertada de los términos de la sentencia 116/2017 -cuestión menor, a la postre-, esa tesis estricta debe ser rechazada por quienes -como es mi caso- rechacen

¹³³ Véanse sentencias como la 56/2022, de 24 de enero, la 891/2022, de 11 de noviembre, o la STS 89/2023, de 10 de febrero, que resuelve el caso Pescanova (citando la anterior): “en nuestro sistema de garantías constitucionales, la regla de exclusión atiende, esencialmente, a la protección de la integridad del proceso (...) a diferencia del sistema norteamericano donde prima desalentar comportamientos inadecuados de los agentes estatales”. Esa falta de unanimidad jurisprudencial es destacada por DEL MORAL, 2023, p. 36, considerando que “es cuestión todavía no definida jurisprudencialmente. Aparecen sentencias que se adhieren a tesis opuestas; y, sobre todo, afloran aplicaciones concretas que parecen sustentarse en un entendimiento de la ilicitud probatoria; pero son seguidas por otras soluciones casuísticas que obedecen a otra concepción bien distinta. Nuestra jurisprudencia está necesitada de un posicionamiento claro en ese punto. Sin él seguiremos sujetos a zigzagueos que son fruto de esa ambigüedad en la fundamentación de la doctrina”.

¹³⁴ Véase ARMENTA DEU, 2011, p.76.

el fin disuasorio como fundamento exclusivo de la prueba ilícita, y rechace igualmente semejante jibarización del artículo 11.1 LOPJ. Pero más allá de tales cuestiones de principio, hay otras razones por las que ese planteamiento es inasumible.

Una de esas razones consiste en que tanto el fundamento disuasorio como la teoría de la imputación al Estado, al excluir los actos de los particulares de la regla de exclusión, son incapaces de acoger bajo sus criterios el hecho innegable -al menos en el sistema continental y, desde luego, en el español- de que la prueba ilícita también rige en otros órdenes jurisdiccionales distintos del penal.

Más allá de que el artículo 11.1 LOPJ sea de aplicación a todos los órdenes jurisdiccionales, tanto el proceso civil (artículos 283¹³⁵ y 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) como el orden laboral (artículo 90 de la Ley reguladora de la jurisdicción social¹³⁶) establecen la prohibición de admisión de pruebas ilícitamente obtenidas, en términos igual de rotundos que la propia LOPJ. Y tanto en la jurisprudencia laboral¹³⁷ como en la civil¹³⁸, e incluso en el arbitraje¹³⁹, se ha venido aplicando la regla de exclusión probatoria sin, obviamente, cuestionarse la circunstancia de que sea un particular el que haya obtenido la fuente de prueba. Es más, merece destacarse que la sentencia del Tribunal

¹³⁵ Artículo 283.3 LEC: “Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”.

¹³⁶ Artículo 90.2 LRJS: “No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”.

¹³⁷ Véase, por ejemplo, ALTÉS TÁRREGA/FITA ORTEGA, 2022.

¹³⁸ GASCÓN INCHAUSTI, 2020.

¹³⁹ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 24/2023, de 14 de junio. La rotundidad de uno de sus pasajes lo hace merecedor de cita *in extenso*: “Ni el menor atisbo de duda cabe albergar a la hora de encuadrar una alegación de ilicitud de la prueba dentro del concepto de orden público. El método arbitral de resolución de controversias, por los efectos legales que tiene reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, en modo alguno puede quebrantar un principio general inamovible en el Estado de Derecho como es la prohibición del recurso a la prueba ilícitamente obtenida. De tal modo, un laudo arbitral que admitiese, se fundase o consintiera una prueba de semejante cariz, estaría irremisiblemente abocado a su declaración de nulidad por virtud del respeto debido a los derechos fundamentales, y -por acudir a los términos de la STC 46/2020, de 15 de junio- a los principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente. No es aplicable exclusivamente al Poder Judicial la prohibición contemplada en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto dice que ‘No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales’. La aceptación del arbitraje como medio de solución de conflictos en un Estado de Derecho implica que su esencia, además del fundamento en la autonomía de la voluntad, pasa por la solidez del régimen de garantías que ofrezca a quienes residencien en él la resolución de sus controversias. En eso se centra, en definitiva, ya no solo su credibilidad, sino que llegamos a afirmar que su propia validez constitucional”.

Constitucional que por primera vez desarrolló la doctrina sobre la prueba ilícita, la STC 114/1984, resolvió un amparo proveniente del orden laboral.

No cabe duda de que la particular relación existente entre el *ius puniendi* y el ciudadano imprime al orden penal particulares necesidades de refuerzo garantístico frente al poder del Estado. Y, sin duda, ello puede justificar establecer criterios distintos de ponderación a la regla de exclusión probatoria en el orden penal frente a otros órdenes jurisdiccionales¹⁴⁰. Pero lo que no pueden asumirse –ni de *lege ferenda* ni de *lege lata*– son las consecuencias a que llevaría la teoría de la imputación al Estado, consistentes en rechazar todo efecto excluyente a la prueba ilícita cuando es un particular el que obtiene la prueba, y restringirla, por tanto, únicamente al orden penal y al administrativo sancionador. La única alternativa a esa inasumible conclusión sería resignarse a que la prueba ilícita tenga un fundamento, alcance y consecuencias distinto en el orden penal que en el orden laboral o el civil –donde la disuasión policial carece de sentido–, lo que tanto sistemática como axiológicamente resulta igualmente inasumible. En particular, si se pretendiera concluir que en el orden penal la prueba ilícita solo tendría efecto excluyente cuando pudiera imputarse al Estado, pero se mantuviera un ámbito más amplio de exclusión de la prueba obtenida por particulares en los otros órdenes jurisdiccionales, se caería en tal caso en un mundo al revés axiológico, en el que se restringirían los efectos tuitivos de la prueba ilícita allí donde más necesarios son: frente al poder punitivo del Estado.

4.4. *Crítica a la tesis estricta (II): errores de importación*

La teoría de la imputación al Estado –como exponente de la tesis estricta– no encaja en el sistema español, como tampoco encaja el fundamento de la disuasión policial. Proviene de sistemas y tradiciones jurídicas distintas –tanto el estadounidense¹⁴¹ como el alemán¹⁴²– que en ocasiones se importan irreflexivamente. Ciertamente, ninguna de esas legislaciones tiene un artículo 11.1 LOPJ (ni un 283 LEC o un 90 LRJS), a cuyo contenido debieran someterse los criterios doctrinales sobre la prueba ilícita.

Pero incluso quedándonos solo en el proceso penal, ninguno de esos sistemas incorpora las figuras de la acusación particular o la acusación popular. En el sistema penal español, como es sabido, el Ministerio

¹⁴⁰ MUÑOZ ARANGUREN, 2023, pp. 345-346.

¹⁴¹ VIVES ANTÓN, 2005, pp. 7-8; MOSQUERA BLANCO, 2018, 21-22.

¹⁴² En el caso de las tesis de POUCHAIN, 2022. Sobre las diferencias con la concepción alemana de la prueba ilícita, véase por ejemplo MUÑOZ ARANGUREN, 2023, pp. 319-320.

Fiscal no tiene el monopolio de la acusación, y las acusaciones privadas tienen plenas posibilidades de ejercer la acción penal en igualdad de condiciones que el Fiscal. Ello implica, además, que no solo será la policía judicial la que ejerza labores de investigación, sino que los particulares -con vistas a erigirse en acusadores- podrán tener un papel protagonista en la obtención de las fuentes de prueba.

Dicho de otro modo, a diferencia de en otros sistemas, en el español la investigación sobre el delito puede quedar enteramente en manos privadas, por lo que la teoría de la imputación al Estado -o el fundamento disuasorio- ni siquiera alcanza razonablemente a justificar el instituto de la prueba ilícita *dentro* del sistema penal. En este sentido, el argumento que da Pouchain para rechazar la ilicitud de la prueba en los particulares es doblemente errado. Afirma este autor que “tornar la validez [sic] probatoria dependiente exclusivamente de la voluntad privada consagraría un poder de disposición de los particulares sobre la admisibilidad de los medios de prueba y dejar la suerte del proceso penal, en gran medida, en las manos de los investigadores privados”¹⁴³. Es errada porque, en rigor, la admisibilidad de la prueba no depende nunca de los particulares -igual que no depende de la policía-; depende del Juez o el Tribunal que ha de decidir sobre su incorporación como prueba -no como fuente de prueba- al procedimiento. Pero es errada también en su aplicación al sistema español, en el que no la admisibilidad como prueba, pero sí la obtención de las fuentes de prueba puede perfectamente quedar en las manos de investigadores privados, pudiendo ejercerse también la acusación por personas o entidades privadas.

4.5. *Crítica a la tesis estricta (III): contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional*

Un dato más para el rechazo de la tesis estricta es su manifiesta contradicción con la doctrina del Tribunal Constitucional. Ya no es solo que, como decíamos, la STC 114/1984 respondiera a un supuesto de prueba obtenida por un particular, o que entre los pronunciamientos del Alto Tribunal puedan encontrarse diversas sentencias sobre la prueba ilícita en el orden civil o laboral. Lo que ahora me interesa destacar es que la propia STC 97/2019, que avaló la doctrina Falciani, se manifiesta expresamente a favor de asignar el mismo tratamiento a la prueba ilícita obtenida por particulares que a la obtenida por la policía, siempre que -al menos así la interpreto- se hubiera buscado de propósito para su utilización como prueba en el proceso.

De una parte, el Tribunal hace una lectura más amplia del fun-

¹⁴³ POUCHAIN, 2022, p. 102.

damento preventivo, incorporando también a los particulares como destinatarios de la disuasión:

“Con ello, se protege la integridad del sistema de justicia, la igualdad de las partes y se disuade a los órganos públicos, en particular, a la policía, pero también a los propios particulares, de realizar actos contrarios a los derechos fundamentales con fines de obtener una ventaja probatoria en el proceso”.

De otra, equipara el alcance de la regla de exclusión tanto si es un particular como si es un agente estatal, al no incluir ninguna modulación ponderativa en función de ese elemento subjetivo. Afirma, así, el Tribunal:

“(E)l dato de que la vulneración originaria del derecho sustantivo fuera cometida, en el caso que nos ocupa, por un particular no altera en absoluto el canon de constitucionalidad aplicable desde la óptica del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), de suerte que la exclusión de los elementos probatorios obtenidos ha de ser, también en este tipo de supuestos, el punto de partida o regla general, si bien, en cada caso concreto, el órgano judicial puede apreciar, con arreglo a los parámetros que ya han sido expuestos, la ausencia de necesidades de tutela procesal en relación con la vulneración consumada, incorporando, en esos casos excepcionales, los elementos controvertidos al acervo probatorio”.

5. Elogio y refutación de la tesis intermedia

Ya anticipábamos que la que hemos denominado tesis intermedia es la que mejor se acomodaba al tenor literal de la sentencia del Tribunal Supremo, y es también la que parece encuadrarse mejor en las consideraciones efectuadas por el Tribunal Constitucional en la sentencia citada. En efecto, como acabamos de ver el Alto Tribunal asume que, como punto de partida, la prueba obtenida ilícitamente por un particular no debiera recibir un tratamiento distinto que la obtenida por un agente público, y en ambos casos la regla será la exclusión probatoria. Ello permite excluir la tesis más restrictiva, como decíamos.

Por otra parte, hemos visto también que la STC 97/2019 pone el acento en la instrumentalización de la integridad del proceso por

quien obtiene una prueba vulnerando derechos fundamentales: lo que persigue la regla de exclusión es combatir las “vulneraciones de derechos fundamentales (...) encaminadas a obtener ventajas procesales”. Desde esta perspectiva, parece razonable entonces que la regla alcance también a los casos en los que el particular actúa de propósito para obtener pruebas que presentar a un procedimiento judicial, en los términos que plantearía la exégesis intermedia.

Estamos, podría decirse, ante un término medio razonable: de una parte, la regla de exclusión no ha de alcanzar a todos los casos en los que surge un hallazgo probatorio derivado de la vulneración de un derecho fundamental, sino únicamente en los casos en que esa vulneración se realiza con la finalidad de obtener prueba. De otra parte, existiría una práctica identidad de tratamiento en la obtención pública y privada de la prueba: lo fundamental será que se actúe con dicha finalidad de acopio probatorio ilícito, con independencia de si es un agente público -quien por lo general actuará con ese propósito- o un particular.

Por ende, esta concepción de la prueba ilícita llegaría a resultados razonables en el ámbito de las investigaciones internas. Como ya se puso de manifiesto, en la práctica será habitual que las investigaciones reactivas, aquellas que surgen tras el afloramiento de sospechas sobre la comisión de delitos en la empresa, se realicen con la finalidad de obtener elementos de prueba para su aportación a un procedimiento, por lo que los casos de ilicitud en la obtención de la prueba quedarían *prima facie* -sin perjuicio de ponderaciones y (des)conexiones de antijuridicidad- abarcados por la regla de exclusión.

Pese a lo expuesto, no tengo claro que estemos ante el mejor criterio para aplicar la regla de exclusión en la obtención de prueba por particulares. De una parte, creo que es oportuno modular esa identidad de tratamiento entre particulares y agentes públicos en la obtención ilícita de la prueba. De otra parte, creo que hay razones que justifican un ámbito de aplicación de la regla de exclusión más amplia para los casos de particulares, en la línea de la que hemos llamado tesis extensiva, que abarque también supuestos en los que el menoscabo del derecho se realice sin el propósito directo de aportar la prueba a un procedimiento, pero en los que se asuma o no se descarte un uso futuro como prueba del hallazgo obtenido.

6. ¿Identidad de trato entre agente público y privado? (I) Actuación sin ánimo de obtener prueba

Con arreglo a la tesis intermedia, cuando un particular vulnera un derecho sin el propósito de obtener prueba no entraría en aplicación la

regla de exclusión, y el hallazgo podría ser utilizado como prueba. Si además asumimos esa identidad de tratamiento a que podría llevarnos determinada interpretación de la STC 97/2019, podríamos terminar por concluir que tampoco sería de aplicación la regla de exclusión probatoria cuando un agente público descubre indicios de la comisión de un delito vulnerando un derecho pero sin intención de obtener pruebas. A esa conclusión es a la que, de hecho, ha llegado recientemente el Tribunal Supremo con la STS 891/2022, de 11 de noviembre, en la que, en una pirueta argumental, se terminan por aplicar los criterios de la doctrina Falciani al hallazgo incriminatorio obtenido por un agente de la Guardia Civil.

Los hechos, sintéticamente expuestos, son los siguientes.

Una persona olvida en un lugar público un pequeño bolso dentro del que hay varias tarjetas SD, una memoria USB, una cámara y documentación personal. Otra persona lo encuentra y lo lleva a dependencias de la Guardia Civil, donde un agente en funciones de atención al ciudadano, tras revisar la documentación, realiza una “copia de salvaguarda o de seguridad” de la memoria USB y de las tarjetas SD, procediendo, después de recogido el bolso y pertenencias por su propietario, a comprobar el contenido de dicha copia, encontrando imágenes de pornografía infantil. Tras haberse revisado el contenido por otros agentes -sin autorización judicial-, sobre la base de tales hallazgos se solicitó la entrada y registro en el domicilio de la persona, procediéndose a su detención.

La Sala Segunda confirma la condena sobre varios argumentos concatenados. Por una parte, considera que las pruebas finalmente utilizadas estarían normativamente desconectadas del discutido hallazgo inicial, al haber consentido el ciudadano en el registro e incautación de cualquier dispositivo que se encontrara. Pero por otra, rechaza también la ilicitud de la fuente de prueba, del propio hallazgo, con criterios propios de la doctrina Falciani:

“La inicial actuación del agente de la Guardia Civil que realiza la copia de ‘salvaguardia’ no tiene lugar en el contexto de una investigación policial por delito. El agente no pretende obtener pruebas de la comisión de un delito que se venía investigando. No es una actuación de un funcionario policial que utiliza un ‘atajo’ al margen de la ley en busca de pruebas de un delito. Su actuación se lleva

a cabo de buena fe y en el contexto de los protocolos policiales respecto de los objetos y efectos perdidos por los ciudadanos. De hecho, el agente se hallaba prestando el servicio de Atención al Ciudadano de su Puesto de la Guardia Civil. En aquel momento no había ni investigación policial ni procedimiento judicial en marcha”.

A mi modo de ver, el planteamiento desarrollado por dicha sentencia es poco convincente. Obviando otras consideraciones críticas que pudieran efectuarse¹⁴⁴, en lo que tiene que ver con el tema que nos ocupa cabe oponer dos reproches básicos. Por una parte, no puede compartirse que el agente haya actuado bajo supuestos protocolos policiales respecto de objetos perdidos -no puede ser el protocolo oficial acceder a un ordenador, un móvil o a un sobre con correspondencia privada, máxime cuando se dispone de la documentación del titular-. Lo cierto es que la sentencia ni siquiera intenta argumentar a qué protocolos se está refiriendo. Tampoco es razonable afirmar que actuó de buena fe, cuando *ex ante* no había necesidad alguna de quebrantar la esfera privada de un ciudadano. Fuera por curiosidad, capricho o aburrimiento, el agente actuó con una inequívoca voluntad de menoscabar el derecho a la intimidad. Es más, precisamente porque no había necesidad alguna de investigar un delito grave -cuya existencia solo se conoció *ex post facto*¹⁴⁵- es por lo que debe rechazarse que actuara de buena fe, en tanto en cuanto no había ninguna razón de ser legítima en el actuar del agente¹⁴⁶.

Por otra parte, la sentencia contradice el propio fundamento de

¹⁴⁴ La sentencia cuenta con un demoleedor voto particular emitido por Javier Hernández García. Además, un comentario crítico a dicha resolución puede verse en MUÑOZ ARANGUREN, 2023, pp. 323 ss.

¹⁴⁵ Aquí radica la falacia en que incurre la sentencia en un pasaje posterior, cuando argumenta que los agentes no podían mirar para otro lado ante la comisión de un delito grave. Idéntica falacia en la que incurrió la STC 173/2011 ante un supuesto semejante, después corregida por el TEDH en la sentencia que se ocupó del asunto *Trabajo Rueda c. España*, de 30 de mayo de 2017. Para una crítica a la sentencia del TC, antes de que hubiera recaído la del Tribunal Europeo, véase ALCÁCER GUIRAO, 2012.

¹⁴⁶ Como reprocha MUÑOZ ARANGUREN, 2023, p. 326, lejos de haber actuado de buena fe, no sería difícil concluir que la conducta del guardia civil no solo estaría infringiendo la ley, sino incluso incurriendo en un delito de descubrimiento y revelación de secretos; el cual -añado yo- en ningún caso podría verse justificado en virtud de un juicio ponderativo, porque, como destaco en el texto, no había ninguna circunstancia que pudiera legitimar su actuación. En igual sentido, asevera el autor del voto particular que “la injerencia carece de todo atisbo de legitimidad. No soy capaz de encontrar otra explicación que la voluntad de injerir en un espacio reservado para el que el agente carecía, en ese contexto, de todo título para acceder. De contrario, como agente público garante de los derechos constitucionales, tenía el deber de no hacerlo”.

la doctrina Falciani: al extender a la actuación de agentes públicos el criterio *restrictivo* que dicha doctrina diseña para los particulares, pervierte el sentido del fin disuasorio que está en la base de la STS 116/2017. Es precisamente en estos casos, cuando la policía actúa arbitrariamente y en claro abuso de sus facultades, cuando más necesario se revela ese efecto disuasorio.

A mi modo de ver, también en los casos en que un agente público actúa al margen de una investigación previamente iniciada o sin la intención de obtener pruebas debe aplicarse la regla de exclusión probatoria, no solo ante la necesidad de disuadir tales excesos policiales sino, sobre todo, por la quiebra del Estado de Derecho y -ante su admisión como prueba- del derecho a un proceso con todas las garantías que tales conductas conllevan. Sin embargo, a una conclusión distinta cabría llegar en los casos en que es un particular el que halla un indicio incriminatorio tras una conducta lesiva de un derecho fundamental *completamente ajena* a la búsqueda de pruebas de actos susceptibles de ser sometidos a un proceso penal. No estando el particular investido de la autoridad de un agente público, ni encarnando por tanto el *ius puniendi* del Estado, el propio acto lesivo del derecho no menoscaba los principios que conforman el Estado de Derecho, y la completa desconexión objetiva y subjetiva con el proceso -con la obtención de pruebas- permite descartar la instrumentalización del derecho a un proceso con todas las garantías que justifica la aplicación de la regla de exclusión¹⁴⁷. Recordando los términos de la seminal STC 114/1984, el criterio determinante para la aplicación del artículo 11 LOPJ sería el de obtener una ventaja indebida en el proceso a costa de la vulneración de un derecho fundamental y en detrimento del proceso debido y el principio de igualdad. Recuérdese que la garantía constitucional vinculada a la inadmisibilidad de la prueba ilícita no deriva de los derechos sustantivos lesionados, sino del derecho a un proceso con todas las garantías. Si ello es así, si lo determinante para que entre en juego la regla de exclusión no es, en sí misma, la vulneración del derecho fundamental sustantivo -la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, etc.- sino la manipulación de las reglas del proceso debido consistente en obtener una ventaja indebida con la aportación de los frutos de esa conducta ilícita, solo cuando exista una relación funcional entre vulneración del derecho y el procedimiento -consistente en la búsqueda de medios de prueba- tendrá sentido acudir a la medida de higiene procesal consistente en expulsar la prueba contaminada.

Esa relación funcional no estará, sin embargo, presente cuando un

¹⁴⁷ Estaríamos, recuérdese, ante ese grupo de hallazgos obtenidos por azar, indudablemente excluidos de la doctrina Falciani. Véase *supra* nota 80.

particular lesiona un derecho fundamental sin previsibilidad alguna de que lo que pueda averiguar haya de erigirse en prueba en un proceso. En tal caso no se produce ese riesgo de instrumentalización del derecho a un proceso con todas las garantías, y existirán otros remedios jurídicos -incluido penales- para reaccionar frente a la vulneración del derecho sustantivo. Pero cuando es un agente del Estado, salvo que actúe de buena fe, la información obtenida ilícitamente deberá ser rechazada como prueba incluso aunque su actuación no esté enmarcada de una investigación, so pena de erosionar el Estado de Derecho.

7. *¿Identidad de trato entre agente público y privado? (II) La excepción de la buena fe*

También debe rechazarse una identidad de trato entre agentes públicos y privados en los supuestos de buena fe, entendidos como aquellos en los cuales el sujeto actúa en la creencia de que su conducta es lícita. Antes habíamos aludido a la STC 22/2003, en la que, por vez primera y única, el Tribunal Constitucional aplicó la excepción de la buena a un supuesto en el que la policía vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio de una persona detenida, al acudir a la vivienda a recabar el consentimiento de su mujer y denunciante. Es cierto que estábamos ante un supuesto muy particular, puesto que tal vulneración fue declarada por el propio Tribunal Constitucional y en virtud de una doctrina creada *ex novo* en dicha sentencia e inexistente, por tanto, cuando ocurrieron los hechos. Pero, como destacábamos, la aplicación consecuente de esa excepción de la buena fe a la prueba directamente conectada con la vulneración de derechos implicaría la práctica desaparición de la regla de exclusión probatoria. Ello es así -ya lo anticipábamos- porque en la mayoría de los casos en los que los tribunales han aplicado el artículo 11.1 LOPJ son, en rigor, supuestos de buena fe policial, en los que la vulneración del derecho se produce como consecuencia de una deficitaria motivación del auto judicial habilitante. Ciertamente, la policía no tiene un deber de supervisión sobre la calidad de las resoluciones judiciales, por lo que en todos esos supuestos su actuación viene presidida por la creencia en la plena licitud de su actuación.

La excepción de la buena fe es, por lo demás, un claro ejemplo de las consecuencias a que llevaría una asunción coherente del fundamento exclusivo de la disuasión policial¹⁴⁸. En efecto, si tal fuera el fundamento correcto de la regla de exclusión, ninguno de esos casos

¹⁴⁸ Sobre la íntima correlación entre dicho fundamento y la excepción de la buena fe, véase por ejemplo MIRANDA ESTRAMPES, 2004, p. 103; CUADRADO SALINAS, 2021, pp. 38 ss.

de lesión por déficits en la actuación judicial tendría que conllevar el efecto previsto en el artículo 11.1 LOPJ, porque no tendría sentido buscar un efecto disuasorio ante una actuación policial que se asumía como lícita.

Sin embargo, desde el fundamento basado en la integridad del proceso la buena fe policial no puede justificar la admisión probatoria. De una parte, porque en los supuestos a que estamos aludiendo también un deficitario control judicial en la salvaguarda de los derechos fundamentales menoscaba el derecho a un proceso con todas las garantías y erosiona las bases del Estado de Derecho. De otra parte, porque incluso en los casos en los que no media un posterior acto de control judicial sino que es la policía quien lesiona un derecho actuando a iniciativa propia -por equivocadas razones de urgencia, por una indebida ponderación de la flagrancia delictiva, etc.-, debe impedirse que quien encarna el *ius puniendi* obtenga, con su inclusión como prueba en el proceso, una ventaja indebida para fundar una pretensión condenatoria a costa de la igualdad de las partes y, en última instancia, de la presunción de inocencia del ciudadano¹⁴⁹.

Sin embargo, creo que es razonable soslayar la aplicación de la regla de exclusión cuando es un particular el que -sin manipulación o instigación policial- encuentra indicios delictivos menoscabando un derecho en la creencia de que su conducta era lícita¹⁵⁰, incluso cuando su conducta venga motivada por la búsqueda de elementos probatorios.

Ante estos casos cabe asumir dos perspectivas básicas. Una concepción estrictamente objetiva del artículo 11.1 LOPJ, según la cual basta que una fuente de prueba emane de una lesión de derechos para que entre a jugar la regla de exclusión se me antoja en exceso rigorista y desproporcionada. Creo que, sin abandonar el tenor gramatical del precepto y en virtud de una exégesis basada en el fundamento de la

¹⁴⁹ En sentido semejante se manifestaba el magistrado Guillermo Jiménez Sánchez en su voto particular a la STC 22/2003: "(P)ese a la inexistencia de dolo o imprudencia, pese a la buena fe policial, desde la perspectiva constitucional que nos corresponde debemos afirmar que objetivamente el registro así practicado ha producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que existe una relación directa entre ese hecho y el hallazgo de la pistola, relación de la que deriva la necesidad de la exclusión de los resultados del registro del acervo probatorio en función de la idea del "proceso justo", sin que esto pueda ponerse en cuestión por la menor gravedad de la vulneración y la también menor necesidad de tutela del derecho fundamental derivada de la buena fe de la actuación policial".

¹⁵⁰ En rigor: de que su conducta no vulnera un derecho fundamental. Un tratamiento distinto deberían recibir los supuestos en los que el particular sabe que lesiona un derecho fundamental pero cree que es lícito o está justificado legalmente hacerlo. Por lo demás, la realidad de esa creencia -la invencibilidad del error- debe ser objeto de valoración en el procedimiento correspondiente - como prueba sobre la (licitud de la) prueba-.

institución, es pertinente introducir criterios de ponderación objetivos -la entidad de la vulneración, por ejemplo-, subjetivos y contextuales que -como ya subrayaba la STC 114/1984- acomoden la aplicación de esa medida reactiva a las circunstancias y matices del caso concreto.

Como destaca la STS 56/2022, la efectiva operatividad de la regla de exclusión “obliga a tomar en cuenta el contexto en el que se produce la infracción y la finalidad perseguida con el acto injerente. Como se apuntaba con anterioridad, cada caso reclama un estándar de protección y la aplicación de un ‘balance’ concreto de los intereses en juego que tome en cuenta, entre otros, el concreto derecho afectado, la gravedad o entidad objetiva de la infracción, la intencionalidad del infractor, la naturaleza y entidad objetiva que tenga el hecho investigado, la inevitabilidad o no del descubrimiento de la prueba, etc.”.

Desde tales premisas, y a diferencia de en los casos de actuación policial, creo que, con carácter general, la prueba surgida de una actuación de buena fe por un particular -o mejor: con error invencible sobre la ilicitud de la conducta- no constituye una instrumentalización de las reglas del debido proceso, ni puede interpretarse como un aprovechamiento de la vulneración del derecho fundamental para obtener una ventaja procesal injusta. Dicho de otro modo: si, como decíamos, no concurre una relación funcional entre vulneración y prueba cuando un particular lesiona un derecho fundamental sin previsibilidad alguna de que lo que pueda averiguar haya de erigirse en prueba en un proceso, tampoco se daría esa relación cuando se obtiene una prueba sin conciencia alguna de ilicitud por el agente privado.

Resumiendo lo expuesto hasta ahora, podríamos establecer varios grupos de casos. Los supuestos de identidad de tratamiento entre agentes públicos y privados serían los siguientes: (i) si se vulnera conscientemente un derecho con el propósito de obtener prueba será de aplicación la regla de exclusión probatoria; (ii) si se vulnera de buena fe un derecho sin ánimo de obtener prueba no será aplicable en ningún caso la regla de exclusión probatoria (estaremos ante un -impropio¹⁵¹- “hallazgo casual”). Y los supuestos que recibirían un tratamiento dispar en función de si es un agente público o un particular serían los siguientes: (iii) si se vulnera un derecho conscientemente pero sin ánimo de obtener prueba será aplicable la regla de exclusión

¹⁵¹ Véase *supra* nota 80.

probatoria cuando estemos ante un agente público, pero no cuando sea un particular; (iv) si se vulnera de buena fe un derecho pero con ánimo de obtener prueba será aplicable la regla de exclusión probatoria cuando estemos ante un agente público, pero no cuando sea un agente privado.

8. Un paso más: la tesis extensiva

Como anticipaba, considero que la tesis intermedia se queda corta, al restringir la aplicación de la regla de exclusión (al margen de los casos de imputación al Estado) a los casos en que el particular actúa con el propósito de obtener prueba, y dejar fuera, por tanto, supuestos en los que el actor vulnera un derecho fundamental admitiendo la posibilidad de que el hallazgo sea aportado a un procedimiento judicial.

Vaya por delante que no pretendo afirmar que esa deba ser la exégesis correcta de la STS 116/2017. Si esa fuera la concepción de la Sala Segunda, seguramente el fallo habría sido otro, porque era perfectamente factible concluir que el Sr. Falciani albergaba esa posibilidad cuando sustrajo los datos protegidos... como también era perfectamente factible concluir que el Tribunal Supremo en ningún momento tuvo intención de declarar ilícita la *lista Falciani*. Lo que estoy planteando es una propuesta de interpretación del artículo 11 LOPJ, no del pronunciamiento judicial.

Sin pretender agotar todos los supuestos que pueden surgir -e insistiendo en que, en todo caso, la aplicación de la regla de exclusión dependerá de la ponderación de las circunstancias del caso concreto-, podemos simplificar la exposición en torno a dos situaciones, ya mencionadas con anterioridad: en primer lugar, casos en los que cuando el particular -la empresa- menoscaba conscientemente un derecho fundamental asume o no descarta que los hallazgos obtenidos puedan ser aportados como medio de prueba (casos de “dolo eventual” o “dolo condicionado”); en segundo lugar, casos en los que el particular no se plantea *ex ante* esa posibilidad sino que la decisión de aportarla surge en un momento posterior (“*dolus subsequens*”).

A mi modo de ver, los supuestos en los cuales el agente asume o no descarta que el fruto de su injerencia en un derecho fundamental puede terminar por aportarse a un procedimiento judicial deberían recibir también la respuesta prevista en el artículo 11 LOPJ. Si en el momento de producirse la lesión consciente del derecho fundamental se asume que los hallazgos que se obtengan pueden ser utilizados como prueba, se está admitiendo ya la eventualidad de una instrumentalización del derecho fundamental para obtener una ventaja indebida en el proceso, por lo que si finalmente se aporta esa prueba a un procedimiento se

estará dando esa conexión funcional -prevista *ex ante*- entre lesión del derecho y procedimiento que produce el menoscabo del derecho a un proceso con todas las garantías.

Recuérdese, por ejemplo, el caso resuelto por la STS 457/2020, de 17 de septiembre, que mencionaba cuando exponía la posibilidad de acoger esa “tesis amplia” sobre la doctrina Falciani. Por mucho que la madre no actuara con el exclusivo propósito de aportar las grabaciones realizadas a la policía o a un juzgado, la sola expectativa de que con ellas podía obtener pruebas de los abusos sexuales cometidos por el progenitor contra su propia hija -y así como el hecho de que después llamara anónimamente a la policía para preguntar qué hacer- permiten concluir sin lugar a dudas de que en el momento de la injerencia en el derecho ya contaba con una elevada probabilidad de que esas grabaciones se iban a emplear para fundar la acusación del autor de los hechos; máxime teniendo en cuenta el deber (incluso de índole penal, en este caso), de denunciar e impedir la continuación de la comisión del delito. En casos como este resulta indudable que el sacrificio del derecho fundamental está potencialmente vinculado a su conversión en prueba y, por tanto, a la lesión del proceso con todas las garantías. Sin perjuicio de las modulaciones inherentes al análisis de cada caso concreto, creo que, con carácter general, en supuestos de esa índole debe ser aplicada la regla de exclusión probatoria.

Diferente tratamiento merecen, a mi entender, en los supuestos en que la decisión de aportar el hallazgo al proceso surge *ex novo* después la vulneración del derecho; siempre, ciertamente, que en el momento previo el agente no se haya planteado esa posibilidad. Estamos ante los casos, antes analizados, en los que un particular actúa (vulnerando el derecho) sin intención de obtener pruebas. Cuando además de esa ausencia de intención no exista expectativa alguna de que lo hallado podrá ser aportado a la policía o a un juzgado -por ejemplo, porque no exista expectativa previa de que pueda haberse cometido un delito-, estaremos ante una lesión de derechos completamente desvinculada del procedimiento judicial. Estaríamos ante esos hallazgos obtenidos por azar claramente excluidos de la doctrina Falciani.

9. La regla de exclusión en las investigaciones internas

9.1. Investigaciones preventivas y reactivas

Traslademos estos supuestos a la empresa. En relación con estos últimos casos, serán poco habituales los supuestos en que de una investigación interna emanen indicios delictivos por mero azar, puesto que el inicio de una investigación interna vendrá dado, por norma general,

por una previa sospecha de comisión de actos ilícitos, situación en la que habrá ya surgido la posibilidad de que los resultados de la investigación puedan ser finalmente aportados a un procedimiento judicial.

Esa posibilidad podría darse únicamente, a mi entender, en casos de investigaciones preventivas o de auditoría -aquellas destinadas a revisar la adecuación de los programas de compliance-, si bien lo que será poco habitual es que en tales investigaciones rutinarias se vulneren derechos de empleados. En todo caso, si así aconteciera, creo que no sería de aplicación la regla de exclusión probatoria, porque estaríamos ante hallazgos obtenidos al azar, y desvinculados funcionalmente del fin de obtención de pruebas¹⁵².

A una conclusión distinta ha de llegarse con relación a las investigaciones reactivas. En ellas, la previa existencia de sospechas sobre la comisión de un delito determina que, incluso cuando esa posibilidad quede condicionada a los resultados de la investigación o a otros factores -a si es un delito atribuible a la empresa o no, a la entidad probatoria de los resultados, a la ponderación de riesgos reputaciones-, en el momento en que comienza la investigación interna -y en el momento en que, en el marco de dicha investigación, se menoscaba el derecho fundamental-, se estará asumiendo una posibilidad de que los hallazgos obtenidos puedan introducirse en un procedimiento judicial; expectativa que será suficiente, a mi entender, para la entrada en juego de la regla de exclusión probatoria. Ciertamente, el análisis sobre la existencia de esa expectativa dependerá también de circunstancias del caso concreto. A este respecto, considero que no debe exigirse excesiva concreción de esa representación (de ese “dolo eventual”) en relación con el ilícito investigado o el procedimiento de destino; por ejemplo, si la investigación lesiva de un derecho fundamental del trabajador se realiza ante sospechas de incumplimiento laboral y con vistas a un despido y de ella surgen indicios delictivos, la prueba será en todo caso ilícita.

Semejante esquema de valoración deberá aplicarse en los casos en que el hallazgo emana de un trabajador. Si un informante comunica a través del canal de denuncias un hallazgo indiciario de responsabilidad penal de otro trabajador obtenido con vulneración de derechos fundamentales (por ejemplo: el informante ha accedido al correo electrónico privado del denunciado), ese hallazgo probatorio será inadmisibile como prueba si el informante se injurió en la esfera de privacidad del

¹⁵² De otra opinión COLOMER HERNÁNDEZ, 2019, pp. 650 s., quien considerada (erradamente, a mi juicio) que las investigaciones dirigidas a testar la adecuación del programa de compliance tienen la finalidad de preconstituir prueba.

otro trabajador para corroborar previas sospechas de actos ilícitos; no, sin embargo, si no existía expectativa alguna de que pudieran obtenerse tales sospechas ni de que, por tanto, los hallazgos podrían conformar una denuncia interna. En aquel caso, además, creo que la investigación interna que se desarrollara a partir de ese origen ilícito conllevaría el riesgo de que fuera inadmisibles si pretendiera utilizarse en un procedimiento penal.

9.2. *Cuando el Estado se apropia de la prueba*

Una cuestión adicional: ¿qué ocurre con los casos en los que es la policía o un juez instructor el que recaba los resultados de la investigación interna? En la práctica, pueden darse casos en los que la empresa haya obtenido indicios de delito a través de una investigación interna lesiva de derechos fundamentales y que antes de que haya dado el paso de aportar esos hallazgos a un procedimiento, un juzgado requiera los resultados de la investigación corporativa, o bien que se produzca una entrada y registro en la que se incauten las fuentes y resultados de la investigación ¿Sería en todo caso inadmisibles la prueba para fundar una pretensión acusatoria, ya contra la empresa, ya contra un empleado?

A mi modo de ver, en estos casos la intervención sobrevenida de la autoridad policial o judicial modifica los términos del problema. En tales casos, ese elemento subjetivo de que venimos hablando, el hecho de que la empresa se hubiera representado o no su futura aportación como prueba en el momento en que realiza la investigación, debiera quedar en un segundo plano. Lo fundamental es que, desde la perspectiva de la intervención del Estado, estaríamos ante una suerte de hallazgo casual -en tanto en cuanto la vulneración del derecho de la que emana la prueba era imprevisible, y se obtiene tras una actuación plenamente legítima-. Así, si estamos realmente ante una actuación sobrevenida del Estado y la obtención ilícita de la fuente de prueba es, para el Estado, realmente imprevisible, estos casos deberían recibir el mismo trato que los hallazgos casuales y ser, por tanto, admitidos como prueba.

A una conclusión distinta habría de llegar, no obstante, si es posible concluir que, bien por el Estado bien por la empresa, se ha producido una manipulación o instrumentalización de la ilicitud probatoria. Por ejemplo, cuando la policía, en concierto con la empresa, ha intervenido o gobernado la investigación lesiva del derecho. O cuando la policía conoce a posteriori la existencia de la investigación y, pese a conocer sus vicios de rango constitucional, pretende aprovecharse de ellos requiriendo, directamente o a través del juzgado instructor, los frutos

de ese origen contaminado. También cuando es la empresa la que discreta o abiertamente ofrece esa investigación a la policía ocultando su mácula. En esas situaciones sí puede hablarse de una instrumentalización de la vulneración del derecho a costa de las reglas del proceso debido. Sin embargo, si el Estado se hace con esa fuente de prueba espontáneamente y sin conocimiento ni previsión de su origen ilícito, creo que no existirán razones para justificar la regla de exclusión¹⁵³.

10. La prueba favorable a la inocencia

Una última cuestión sobre la prueba ilícita que puede presentar relevancia en la actividad investigadora de la empresa es el alcance de la regla de exclusión a las pruebas de descargo¹⁵⁴. La finalidad de una investigación interna puede ir dirigida a acreditar los elementos que determinan la ausencia de responsabilidad de la persona jurídica; puede, así, “ayudar a la empresa a demostrar que el programa de cumplimiento normativo ha funcionado adecuadamente, si bien lo que ha sucedido es que el autor del delito lo ha cometido eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención (art. 31 bis, núm. 2, 3.º, CP)”¹⁵⁵. Junto a ello, una investigación empresarial puede ir dirigida también a acreditar la ausencia de responsabilidad de un directivo o empleado, ya sea como estrategia de defensa de la propia persona en relación con su propia responsabilidad, ya sea para combatir su condición de responsable civil subsidiario.

Ante la circunstancia de que hallazgos exculpatorios o de descargo puedan obtenerse previa vulneración de derechos fundamentales, surge la duda de si tales fuentes de prueba quedan afectadas por el artículo

¹⁵³ Una excepción a esa regla general estaría en el asunto resuelto por el TEDH en *Cwik c. Polonia*, sentencia de 5 de noviembre de 2020, en la que el Tribunal europeo concluyó, por cinco votos contra dos, que en ningún caso podría ser admisible una prueba basada en un hallazgo lícitamente requisado por la policía cuando la información se había obtenido a través de la utilización de tratos inhumanos y degradantes realizados por particulares. Concretamente, lo hallado en el registro practicado por la policía fue la grabación de las manifestaciones de un miembro de una organización criminal obtenidas por medio de actos de tortura realizados por otros miembros de esa organización, manifestaciones en la que se aludía al demandante como interviniente en el tráfico de drogas, quien resultó condenado sobre la base de esa (y otras) pruebas. Partiendo de la prohibición absoluta de la tortura, no susceptible, por tanto, de ser sometida a ponderación con otros intereses, es indudable que ha de convertirse en la excepción por excelencia a cualquier regla de valoración. No obstante, incluso asumiendo esta premisa, el voto particular firmado por dos magistrados ponía en duda que la exclusión probatoria estuviera justificada cuando no era el Estado sino un particular el que había infligido los tratos inhumanos y degradantes, y cuando, además, el Estado no había intervenido en modo alguno en esos actos previos dirigidos a obtener la prueba, habiendo obtenido la grabación, por lo demás, lícitamente en el curso de una entrada y registro.

¹⁵⁴ Esta cuestión quedó planteada en ALCÁCER GUIRAO, 2022, p. 999 s.

¹⁵⁵ DEL ROSAL BLASCO, 2018, p. 4

11.1 LOPJ. Dicha cuestión, además, puede tornarse más compleja en aquellos casos, no inhabituales, en los que una fuente de prueba tenga valor tanto de cargo como de descargo. Así, en el ámbito de las investigaciones corporativas, puede ser habitual que surja un conflicto entre el derecho defensa de la persona jurídica y el del trabajador que ha podido cometer el delito (el hecho de referencia), en la medida en que la estrategia de defensa de la persona jurídica puede venir presidida por la necesidad de acreditar ese hecho delictivo a fin de colaborar con la investigación judicial, o bien por probar que el trabajador eludió fraudulentamente los controles internos de prevención de delitos y no hay, por ello, un defecto de organización interna. Como se ha destacado, “es más que probable que la mejor defensa de la entidad exija ir en contra de los intereses de las personas físicas responsables de la infracción o infracciones cometidas en su seno -objeto de la correspondiente investigación interna- porque dicha entidad deberá resaltar, para obtener algún beneficio, el buen hacer de la organización, frente a las infracciones cometidas por sus miembros”¹⁵⁶. En tales casos, frente a la aportación de prueba por la persona jurídica, el empleado a quien dicha prueba señala invocará el artículo 11 LOPJ para solicitar su exclusión del procedimiento por haberse obtenido con vulneración de sus derechos -o de los de otro empleado-.

Tal como he manifestado en otro lugar¹⁵⁷, el lugar preeminente que ocupa la presunción de inocencia en el proceso penal, y la consiguiente asimetría en las cargas probatorias y facultades de defensa entre las partes¹⁵⁸, permite establecer un diferente alcance aplicativo al artículo 11.1 LOPJ cuando la ilicitud de la prueba ha sido obtenida con la finalidad de obtener pruebas de cargo que cuando se persigue acreditar un hecho de descargo. En el balance de intereses que confluyen en la decisión de exclusión probatoria, la acreditación de la inocencia de quien es sometido al *ius puniendi* posee mayor peso que la finalidad de disuasión frente a lesiones de derechos -para lo que existen otros equivalentes funcionales- o la integridad del proceso. A este respecto, no puede desconocerse que el conjunto de garantías que conforman el derecho al debido proceso tiene como justificación última reforzar el estatuto procesal del acusado frente al poder Estatal de castigar, y son, por ello, tributarias del derecho a la presunción de inocencia como núcleo axiológico del proceso penal¹⁵⁹. Esa particular posición que

¹⁵⁶ VILLEGAS GARCÍA/ENCINAR DEL POZO, 2020, pp. 284.

¹⁵⁷ ALCÁCER GUIRAO, 2022, p. 999.

¹⁵⁸ Sobre esa asimetría, véase ALCÁCER GUIRAO, 2021, pp. 36 ss.

¹⁵⁹ Tal como tempranamente afirmara el Tribunal Constitucional, el derecho a la presunción de inocencia “sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura” (STC

ocupa el acusado en el proceso, y la asimetría esencial que presenta frente a las partes acusadoras, permiten soslayar la relevancia que para la integridad del procedimiento y el derecho a la igualdad de las partes puede conllevar que sea el acusado quien instrumentalice un derecho fundamental ajeno para defender su inocencia. Si, como advierte el clásico adagio, es preferible que cien culpables queden absueltos a que un inocente sea condenado¹⁶⁰, puede considerarse razonable y asumible que la exclusión de la prueba ilícita provoque la absolución de un culpable, pero ha de resultar intolerable que la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida provoque la condena de un inocente¹⁶¹.

En semejante sentido se manifestaba también el autor del voto particular a la STS 569/2013, de 26 de junio, el cual, como ya hemos puesto de manifiesto, sirvió de base e inspiración a la doctrina Falciani. Afirmaba el Magistrado Antonio del Moral que “cuando la prueba ilícita acredita la inocencia –se trata de prueba exculpatória– debe ceder la prohibición de su utilización. Renunciar al castigo del delincuente para preservar los derechos fundamentales de manera más eficaz es asumible. Pero que, en aras de ese mecanismo, meramente preventivo, de protección se condene al inocente no es aceptable. En este conflicto ha de prevalecer sin duda el derecho del inocente a no ser injustamente sancionado. [. . .]. Una interpretación que basada en la literalidad del artículo 11.1 LOPJ llevase a sustraer al jurado la prueba obtenida ilícitamente que corrobora la coartada del acusado y acredita su inocencia, en entredicho por otro material incriminatorio, no es compatible con los valores constitucionales”¹⁶².

¿Y qué ocurre cuando la prueba de descargo ilícitamente obtenida tiene también carga incriminatoria frente a terceros? En la línea de los supuestos a que antes aludíamos: los correos electrónicos de un trabajador acreditan tanto su intervención en un delito de corrupción privada como que el hecho se cometió sorteando fraudulentamente las barreras preventivas del modelo de cumplimiento de la empresa. O bien exculpan al CEO (A) inicialmente investigado, pero involucran a

56/1982, de 26 de julio).

¹⁶⁰ Un buen número de variaciones de dicho adagio puede encontrarse en LAUDAN, 2006, p. 63.

¹⁶¹ En sentido semejante, MIRANDA ESTRAMPES, 2004, pp. 107 ss.; GASCÓN INCHAUSTI, 2020, p. 796, citando a Armenta Deu: “En un caso de esta índole, el derecho fundamental lesionado al obtener la prueba ya no entraría en colisión con el interés público en la persecución penal, sino con el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado: y es esta una colisión en la que, probablemente, un juicio de ponderación debería conducir a la prevalencia del segundo sobre la del primero”; MUÑOZ ARANGUREN, 2023, p. 347, nota 62; CORREA, 2016, pp. 133 ss. (en relación con el Derecho chileno).

¹⁶² Véase también DEL MORAL GARCÍA, 2022, p. 44.

otro alto ejecutivo de la empresa (B).

Si asumimos estos supuestos como casos trágicos- aquellos en los que no cabe una solución que no implique la lesión de un interés protegido- habría de llegarse a la conclusión de que para conseguir acreditar la inocencia de A sería necesario que B resultara condenado a partir de una prueba ilícita, vulnerándose su derecho a un proceso con todas las garantías y, también, su derecho a la presunción de inocencia. O viceversa: si aplicamos la regla de exclusión probatoria a fin de evitar la lesión de los derechos de B, la inadmisibilidad de la prueba implicaría el riesgo inasumible de que un inocente, A, fuera condenado.

Pese a esa apariencia trágica, creo que el dilema es resoluble, y pasa por tomar en cuenta únicamente el valor de descargo de la fuente de prueba, pero no su valor de cargo. Es decir, la prueba puede ser admitida únicamente con el fin de acreditar la inocencia de A, o la atenuante de la persona jurídica, pero no puede ser utilizada -ni como prueba única ni como indicio- para fundar la condena de B¹⁶³. El respeto al derecho a la presunción de inocencia impone esta solución.

BIBLIOGRAFÍA

AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador*, Madrid, 2009.

AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., “Sobre la defensa del patrimonio de la empresa como causa de justificación por el lesionar la intimidad laboral”, *InDret* 3 (2022), pp. 371 ss.

ALCÁCER GUIRAO, R., “Investigaciones internas: prolegómenos constitucionales y cuestiones abiertas”, en: Bolea Bardón, C., y otros, *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, 2022, pp. 989 ss.

ALCÁCER GUIRAO, R., “Algunas dudas sobre la duda razonable. Prueba de descargo, estándares de prueba e in dubio pro reo”, *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología* 23-09 (2021).

ALCÁCER GUIRAO, R., *La libertad del odio*, Madrid, 2020.

ALCÁCER GUIRAO, R., “Retos para el Compliance penal: Barbuлесcu, Falciani y el reforzamiento de garantías en el proceso penal”, en Cancio Meliá, M. y otros, *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, 2019, pp. 33 ss.

ALCÁCER GUIRAO, R., “Investigaciones internas”, en: Ayala

¹⁶³ ALCÁCER GUIRAO, 2019, p. 46. En este sentido, MIRANDA ESTRAMPES, 2004, p. 109, citando a Del Moral García a favor de la misma, y a Jorge Barreiro en contra.

Gómez, I./Ortiz de Urbina Gimeno, I., *Memento Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, Madrid, nn. mm. 1680 ss.

ALCÁCER GUIRAO, R., “Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial”, *La Ley* n.º 1685 (2013).

ALCÁCER GUIRAO, R., “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”, *InDret* 4 (2013).

ALCÁCER GUIRAO, R., “Derecho a la intimidad, investigación policial y acceso a un ordenador personal. Comentario a la STC 173/2011, de 7 de noviembre”, *La Ley Penal* 92 (2012).

ALONSO GALLO, J., “Los programas de cumplimiento”, en: Díaz Maroto y Villarejo, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Madrid, 2011.

ALTÉS TÁRREGA, J.A./FITA ORTEGA, F., “La prueba ilícita en el proceso laboral. Sus efectos sobre el despido”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* 3 (2022), pp. 76 ss.

ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita: un estudio comparado*, Madrid 2ª edición, 2011.

ASENCIO MELLADO, J.M., “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”, *La Ley* 9499 (2019).

ASENCIO MELLADO, J.M., “La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de los derechos fundamentales”, *Jueces para la democracia* 66 (2009), pp. 85 ss.

AYALA GONZÁLEZ, A., “Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?”, *InDret* 2 (2020), pp. 270 ss.

CASAS BAAMONDE, M.E./ÁNGEL QUIROGA, M., “Los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos en la economía digital. Geolocalización de los trabajadores a través del vehículo de empresa. Despido procedente”. *Revista de Jurisprudencia Laboral* 9 (2020).

CIGÜELA SOLA, J., “Compliance más allá de la ciencia penal”, *InDret* 4 (2019).

CIGÜELA SOLA, J./ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución”, en: Silva Sánchez, J.M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona, 2020, pp.97 ss.

COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Derechos fundamentales y valor probatorio en el proceso penal de las evidencias obtenidas en investigaciones internas en un sistema de compliance”, en: Gómez Colomer, J.L. (Director), *Tratado sobre Compliance Penal*, Valencia, 2019, pp. 609 ss.

CORDÓN MORENO, F., “La degradación de la prueba ilícita en

la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019”, *Publicaciones Gómez Acebo y Pombo*, octubre 2019.

CORREA ZACARÍAS, C., “La prueba ilícita de los particulares: de cargo y de descargo”, *Política Criminal* 21 (2016) [Chile], pp. 120 ss.

CUADRADO SALINAS, C., *Fundamento y efectos de la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Análisis teórico y jurisprudencial de la regla de exclusión en los EEUU, Reino Unido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y España*, Valencia, 2021.

DELGADO JIMÉNEZ, A.F., “El caso Barbulescu y su impacto en la jurisprudencia constitucional”, *CONSINTER. Revista Internacional de Derecho* 7 (2018), pp. 163 ss.

DEL MORAL GARCÍA, A., “reflexiones sobre prueba ilícita”, *Revista Científica del Centro Universitario de la Guardia Civil Logos* 2023, pp. 34 ss.

DEL ROSAL BLASCO, B., “Las investigaciones internas en las empresas como estrategia preprocesal de defensa penal corporativa”, *Diario La Ley*, núm. 9180, 2018.

DESDENTADO BONETE, A./MUÑOZ RUIZ, A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Madrid, 2012

DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Pamplona, 3^a edición, 2008.

ESTRADA I CUADRAS, A., en: VV. AA., “El «caso Pescanova». Comentario a la STS 89/2023, de 10 de febrero”, *InDret* 3 (2023), pp. 677 ss.

ESTRADA I CUADRAS, A., “‘Confesión o finiquito’: el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas”, *InDret* 4 (2020), pp. 226 ss.

ESTRADA I CUADRAS, A./LLOBET ANGLÍ, M., “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”, en: Silva Sánchez, J.M. (Dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Barcelona, 2013, pp. 197 ss.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español”, *REDEPEC* 1 (2023). [Formato online].

FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: Díaz Maroto y Villarejo, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Madrid, 2011, pp. 65 ss.

GALÁN MUÑOZ, A., “¿Cultura o estructura? ¿Esa es la cuestión? La difícil convivencia y coordinación de los dos sistemas de tratamiento penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español”, *Revista General de Derecho Penal* 35, 2021.

GALÁN MUÑOZ, A., “Visiones y distorsiones del sistema español

de responsabilidad penal de las personas jurídicas: un diagnóstico 13 años después”, *REDEPEC* 2 (2023). [Formato online].

GASCÓN ABELLÁN, M., “¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, *Jueces para la democracia* 52 (2005), pp. 74 ss.

GASCÓN INCHAUSTI, F., “La prueba ilícita en el proceso civil, entre la exclusión y la ponderación”, en Asencio Mellado et. al. (co-ord.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales: Vicente Gimeno Sendra. Liber amicorum*, Madrid, 2020, pp. 783 ss.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español. Del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”, en: El mismo (director), *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia, 2008, pp. 107 ss.

GÓMEZ MARTÍN, V., “Compliance y derechos de los trabajadores”, en: Kuhlen et. alt., *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid, 2013, pp. 125 ss.

GÓMEZ MARTÍN, V., “¿Un nuevo golpe de gracia a las investigaciones internas corporativas? Reflexiones en voz alta sobre la sentencia de Tribunal Supremo 328/2021, de 22 de marzo”, en: Bolea Bardón, C., y otros, *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, 2022, pp. 1167 ss.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El modelo constructivista de (auto)responsabilidad penal de las personas jurídicas: tres contribuciones de la teoría a la práctica”, *REDEPEC* 1 (2023). [Formato online].

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: Arroyo Jiménez, L./Nieto Martín, A. (Dres.), *Autorregulación y sanciones*, Madrid, 2008, pp. 253 ss.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Valencia, 2020.

GONZÁLEZ URIEL, D./GADEA FRANCÉS J.E., “Las investigaciones internas y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos teóricos y consecuencias prácticas”, *REDEPEC* 3 (2023). [Formato online].

JULIÀ-PIJOAN, M., “Un porqué a la observancia de las garantías procesales en las investigaciones internas”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje* 3 (2021), pp. 317 ss.

LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Madrid, 1994.

LAUDAN, L., *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge, 2006.

MALDONADO MUÑOZ, M., *Derechos y conflictos*, Madrid, 2021.

MARCHENA GÓMEZ, M., “La ‘sentencia Falciani’: ¿hacia un nuevo concepto de prueba ilícita entre particulares?” *Revista del Ministerio Fiscal*, 3 (2017), pp. 43 ss.

MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 2010, pp. 131 ss.

MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2^a edición, Madrid, 2004.

MOLINA NAVARRETE, C., “El derecho a la vida privada del trabajador n el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿Diálogo o conflicto con la jurisprudencia social?”, *Relaciones Laborales* 145 (2018), pp. 121 ss.

MONTANER FERNÁNDEZ, R., “Compliance”, en: Silva Sánchez, J.M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona, 2020, pp. 97 ss.

MOSQUERA BLANCO, A.J., “La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero”, *InDret* 3 (2018).

NIETO MARTÍN, A., “La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal”, *Revista da EMERJ* 22 (2020), pp. 9 ss.

NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas”, en Nieto Martín, A. (Dir.): *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, 2015, pp. 231 ss.

NIETO MARTÍN, A., “Introducción”, en: Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A. (Dtres.), *El Derecho penal económico en la era compliance*, Valencia, 2013, pp. 11 ss. [Cit. 2013 A].

NIETO MARTÍN, A., “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, en: Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina Gimeno (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, 2013, pp. 21 ss. [Cit. 2013 B]

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico”, en: Ortiz de Urbina Gimeno, I., *El Derecho penal desde la política criminal*, Buenos Aires, 2021, pp. 465 ss.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Trayectoria y cultura corporativa en la exención por cumplimiento normativo: ¿hacia una teoría aretética de la responsabilidad penal de los entes colectivos?”, en: Ortiz de Urbina Gimeno, I., *El Derecho penal desde la política criminal*, Buenos Aires, 2021, pp. 539 ss.

PEÑARANDA EZPONDABURU, A., “Límites y riesgos de las inves-

tigaciones internas en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *La Ley Penal* 155 (2022).

FERNÁNDEZ PERALES, F., “La relevancia jurídico-penal del exceso en el ejercicio de derechos fundamentales en el caso ‘Aturem el Parlament’”, *InDret* 4 (2021), pp. 484 ss.

POUCHAIN, P. “Autoincriminación ‘forzada’ en las investigaciones internas. Prohibición probatoria según la imputación al Estado”, *InDret* 4 (2022), pp. 80 ss.

QUIRÓS HIDALGO, J.G., “Análisis del artículo 87 de la LOPDGDD: el uso de los dispositivos digitales por la persona trabajadora, su control por parte de la empresa y el devaluado derecho a la intimidad”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF* 452 (2020), pp. 145 ss.

RENEDO ARENAL, M.A. “*El elemento subjetivo de la prueba ilícita*”, en: Roca Martínez, J.M. (dir.), *Procesos y prueba prohibida*, Madrid, 2022, pp. 143 ss.

RICHARD GONZÁLEZ, M., “Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal. Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la «lista falciani» para fundar una condena por delito fiscal”, *La Ley* 8946 (2017).

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus? Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero sobre la prueba ilícita”, *La Ley* 8974 (2017).

SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Lo real y lo ficticio en la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas”, *REDEPEC* 1 (2023).

SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, en: Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina Gimeno (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, 2013, pp. 79 ss.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La eximente de ‘modelos de prevención de delitos’. Fundamento y bases para una dogmática”, en: Ragués i Vallès, R./Robles Planas, R., *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*. Barcelona 2018, pp. 231 ss.

TEJADA PLANA, D., “‘Behavioral compliance’, ética conductual y ‘compliance’ penal”, *REDEPEC* 1 (2023), p. 335 ss. [Formato en papel].

TEJADA PLANA, D., *Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur. Consideraciones prácticas nacionales e internacionales*, Pamplona, 2020.

VARGAS, M.A./AGUSTINA, J.R., “Obtención de evidencias digitales y privacidad en el correo electrónico en el marco de investigaciones internas”, en: Fortuny Cendra, M., *Las investigaciones internas en compliance penal. Factores clave para su eficacia*, Navarra, 2021, pp. 95 ss.

VILLEGAS GARCÍA, M.A./ENCINAR DEL POZO, M.A., *Lucha contra la corrupción, compliance e investigaciones internas. La influencia del*

Derecho estadounidense, Navarra, 2020. VIVES ANTÓN, T.S., “Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los ‘frutos del árbol emponzoñado’”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* 4 (2002), pp. 5 ss.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA TRIBUNAL SUPREMO (SALA SEGUNDA)

Sentencia	ECLI	Ponente (Excmo. Sr. /Excma. Sra.)
569/2013, de 26 de junio	{ECLI:ES:TS:2013:4009}	D. Perfecto Andrés Ibáñez
528/2014, de 316 de junio	{ECLI:ES:TS:2014:2844}	D. José Manuel Maza Martín
116/2017, de 23 de febrero	{ECLI:ES:TS:2017:471}	D. Manuel Marchena Gómez
528/2017, de 4 de julio	{ECLI:ES:TS:2017:2670}	D. Manuel Marchena Gómez
311/2018, de 27 de junio	ECLI: {ES:TS:2018:2290}	D. Manuel Marchena Gómez
489/2018, de 23 de octubre	ECLI: {ES:TS:2018:3754}	D. Antonio Del Moral García
546/2019, de 11 de noviembre	{ECLI:ES:TS:2019:3689}	Dña. Carmen Lamela Díaz
457/2020, de 17 de septiembre	{ECLI:ES:TS:2020:2932}	D. Pablo Llarena Conde
725/2020, de 3 de marzo	{ECLI:ES:TS:2021:1489}	D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
328/2021, de 24 de abril	{ECLI:ES:TS:2021:1486}	D. Manuel Marchena Gómez
875/2021, de 15 de noviembre	{ECLI:ES:TS:2021:4168}	D. Manuel Marchena Gómez
56/2022, de 24 de enero	{ECLI:ES:TS:2022:132}	D. Javier Hernández García
244/2022, de 16 de marzo	{ECLI:ES:TS:2022:959}	Dña. Susana Polo García
891/2022, de 11 de noviembre	{ECLI:ES:TS:2022:4755}	D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
894/2022, de 11 de noviembre	{ECLI:ES:TS:2022:4116}	D. Ángel Luis Hurtado Adrián
89/2023, de 10 de febrero	{ECLI:ES:TS:2023:441}	D. Leopoldo Puente Segura
145/2023, de 2 de marzo	{ECLI:ES:TS:2023:746}	D. Antonio Del Moral García
548/2023, de 5 de julio	{ECLI:ES:TS:2023:2958}	D. Leopoldo Puente Segura

TRIBUNAL SUPREMO (SALA CUARTA)

Sentencia	ECLI	Ponente (Excmo. Sr. /Excma. Sra.)
26 de septiembre de 2007	{ECLI:ES:TS:2007:6128}	D. Aurelio Desdentado Bonete
8 de marzo de 2011	{ECLI:ES:TS:2011:1323}	D. Jordi Agustí Juliá
6 de octubre de 2011	{ECLI:ES:TS:2011:8876}	D. Jesús Souto Prieto
119/2018, de 8 de febrero	{ECLI:ES:TS:2018:594}	D. Luis Fernando de Castro Fernández
766/2020, de 15 de septiembre	{ECLI:ES:TS:2020:3017}	Doña María Lourdes Arastey Sahún

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia	ECLI	Ponente (Excmo. Sr./Excma. Sra.)
114/1984, de 29 de noviembre	{ECL:ES:TC:1984:114}	D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León
81/1998, de 2 de abril	{ECL:ES:TC:1998:81}	D. Tomás S. Vives Antón
98/2000, de 10 de abril	{ECL:ES:TC:2000:98}	D. Fernando Garrido Falla
70/2002, de 3 de abril	{ECL:ES:TC:2002:70}	D. Fernando Garrido Falla
22/2003, de 10 de febrero	{ECL:ES:TC:2003:22}	D. Tomás S. Vives Antón
173/2011, de 7 de noviembre	{ECL:ES:TC:2011:173}	D. Eugeni Gay Montalvo
241/2012, de 17 de diciembre	{ECL:ES:TC:2012:241}	D. Juan José González Rivas
170/2013, de 7 de octubre	{ECL:ES:TC:2013:170}	D. Andrés Ollero Tassara
177/2015, de 22 de julio	{ECL:ES:TC:2015:177}	D. Juan Antonio Xiol Ríos
97/2029, de 12 de agosto	{ECL:ES:TC:2019:97}	D. Alfredo Montoya Melgar