

La prueba prohibida a debate

II JORNADAS INTERNACIONALES
DE DERECHO PROCESAL



Universidad de Oviedo

Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín

Director

José María Roca Martínez

Secretario académico

LA PRUEBA PROHIBIDA A DEBATE

II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal



Universidad de Oviedo



PID2020-114707GB-I00





Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada (by-nc-nd): No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.



Usted es libre de copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, bajo las condiciones siguientes:



Reconocimiento – Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el licenciador:

Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín (director); José María Roca Martínez (secretario académico). (2022).
LA PRUEBA PROHIBIDA A DEBATE. II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal.
Universidad de Oviedo.

La autoría de cualquier artículo o texto utilizado del libro deberá ser reconocida complementariamente.



No comercial – No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin obras derivadas – No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

© 2022 Universidad de Oviedo

© OV-PROC Grupo de investigación de la Universidad de Oviedo

Algunos derechos reservados. Esta obra ha sido editada bajo una licencia Reconocimiento-No comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional de Creative Commons.

Se requiere autorización expresa de los titulares de los derechos para cualquier uso no expresamente previsto en dicha licencia. La ausencia de dicha autorización puede ser constitutiva de delito y está sujeta a responsabilidad.

Consulte las condiciones de la licencia en: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.es>

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo

Edificio de Servicios - Campus de Humanidades

33011 Oviedo - Asturias

985 10 95 03 / 985 10 59 56

servipub@uniovi.es

www.publicaciones.uniovi.es

ISBN: 978-84-18482-45-8

LA PRUEBA PROHIBIDA A DEBATE

II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal

Alejandro T. Abascal Junquera

Magistrado Audiencia Nacional

Laura Álvarez Suárez

Doctora y jueza sustituta

Julio F. Carbajo González

PTU Derecho Civil (UNIOVI)

Sonia Calaza López

CU Derecho Procesal (UNED)

Ana Carrillo del Teso

PCD Derecho Procesal (USAL)

Luis A. Cucarella Galiana

CU Derecho Procesal (UVA)

Jesús M. Chamorro González

Presidente TSJ Principado de Asturias

Xulio Ferreiro Baamonde

PTU Derecho Procesal (UdC)

Carlo Vitorio Giabardo

Doctor, investigador (UdG)

José Carlos Gómez de Liaño Polo

PTU Derecho Procesal (UNIOVI)

Ignacio González del Rey Rodríguez

CU Derecho del Trabajo (UNIOVI)

Jesús Miguel Hernández Galilea

PTU Derecho Procesal (UNIOVI)

Alejandro Huergo Lora

CU Derecho Administrativo (UNIOVI)

Concepción Iglesias García

PTU Derecho Procesal (UNIOVI)

Marcos Loredó Colunga

PTU Derecho Procesal (UNIOVI)

Renato Machado de Souza

Doctor, Director Acuerdos Lenidad (Brasil)

Ilda Méndez López

Doctora, LAJ y Asociada (UNIOVI)

Antonio del Moral García

Magistrado Tribunal Supremo (2ª)

Isabel Nuques Martínez

Notaria (Ecuador)

Luis Pérez Fernández

Abogado ICAO y asociado (UNIOVI)

Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín

CU Derecho Procesal (UNIOVI)

José Luis Rebollo Álvarez

Abogado ICAO y asociado (UNIOVI)

Amparo Renedo Arenal

PCD Derecho Procesal (UNICAN)

José María Roca Martínez

PTU Derecho Procesal (UNIOVI)

Nicolás Rodríguez-García

CU Derecho Procesal (USAL)

Manuela Andrea Rodríguez Morán

Doctora, abogada ICAO y asociada (UNIOVI)

Julián Sánchez Melgar

Magistrado Tribunal Supremo

Gabriel Yovany Suquí Romeral

Doctor, profesor UT Machala (Ecuador)

Ernesto Tuñón Oyón

Abogado ICAO

INDICE

INDICE	7
PRESENTACIÓN	9
INAUGURACIÓN.....	11
MESA 1	
LA PRUEBA PROHIBIDA. CUESTIONES GENERALES.....	15
La prueba prohibida a debate. Agustín J. Pérez-Cruz Martín	16
Convencionalidad y prueba prohibida. Luis A. Cucarella Galiana	18
El elemento subjetivo de la ilicitud de la prueba. La ilicitud cometida por particulares. Amparo Renedo Arenal	21
Ausencia de efectos de la prueba prohibida y nulidad de los actos procesales. Jesús M. Hernández Galilea	24
MESA 2	
LA PRUEBA PROHIBIDA Y EL TEDH	29
Ilícitud probatoria: caso Guateque Falciani y Barbulescu. Alejandro T. Abascal Junquera	29
La prueba prohibida aportada por particulares: del TS al TEDH. Ana Carrillo del Teso	32
La prueba ilícita en el TEDH: de Schenk a Zherdev. José Luis Rebollo Álvarez	35
MESA 3	
LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO LABORAL	39
Control empresarial y prueba prohibida. Luis Pérez Fernández	39
Últimos pronunciamientos del TS sobre prueba prohibida en el proceso laboral. José María Roca Martínez.....	42
MESA 4	
LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO CIVIL.....	45
Necesidad de la prueba civil. Proposición y admisión. Anticipación y aseguramiento. Sonia Calaza López	45
La prueba en los procedimientos de filiación. Julio F. Carbajo González	48
La prueba prohibida en los procedimientos de familia. Manuela A. Rodríguez Morán	51
MESA 5	
LA PRUEBA PROHIBIDA: EXPERIENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO	55

Prueba prohibida y ética del proceso civil: un enfoque comparado. Carlo Vittorio Giabardo	55
La prueba prohibida en Brasil en casos de corrupción. Renato Machado de Souza	57
La prueba prohibida en Ecuador. Su revisión desde la Constitución de la República. Isabel Nuques Martínez.....	59
La prueba prohibida y las investigaciones privadas en la legislación ecuatoriana. Gabriel Yovany Suqui Romero	62
CONFERENCIA. Antonio del Moral García	
PRUEBA ILÍCITA: ASPECTOS PROCESALES (FORMAS DE ALEGARLA Y RESOLVERLA EN EL PROCESO)	65
CONFERENCIA. Julián Sánchez Melgar	
LA PRUEBA PROHIBIDA: LA SANCIÓN POR COMPORTAMIENTOS ILÍCITOS....	71
MESA 6	
LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.	75
Las interrelaciones entre la fase probatoria en vía administrativa y en vía judicial. Jesus M. Chamorro González.....	75
La prueba prohibida. Cuestiones teóricas y prácticas en el proceso contencioso-administrativo. Ilda Méndez López.....	77
Intervención de Alejandro Huergo Lora.....	80
MESA 7	
LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO PENAL	83
Validez y eficacia de las investigaciones internas corporativas. Nicolás Rodríguez-García.....	83
La prueba prohibida obtenida a través de IA. Xulio Ferreiro Baamonde	89
Las declaraciones de los menores como prueba preconstituida en el proceso penal. Laura Álvarez Suárez	94
ACTO DE CLAUSURA	97

MESA 3 (*)

LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO LABORAL

La mesa 3 versó sobre la prueba prohibida en el proceso laboral y estuvo moderada por el Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ignacio González del Rey Rodríguez que, a su dilatada actividad académica incorpora una enriquecedora experiencia como letrado en la sala cuarta del Tribunal Supremo. Tras presentar a los ponentes, destacó la conexión entre las medidas de control empresariales, objeto de la primera ponencia, y los pronunciamientos judiciales sobre prueba prohibida, objeto de la segunda ponencia, en la medida en que es lo habitual que la prueba prohibida en el proceso laboral tenga como antecedente la adopción por el empresario de medidas de control, potencialmente lesivas de derechos fundamentales y, con frecuencia, en el ámbito de un proceso de despido, dando lugar a disparidad de criterios sobre la calificación de éste.



*Ignacio González del Rey
CU Derecho del Trabajo y de la SS (UNIOVI)*

Control empresarial y prueba prohibida. Luis Pérez Fernández



*Luis Pérez Fernández
Abogado y Prof. Asociado (UNIOVI)*

La primera ponencia, con el título “Control empresarial y prueba prohibida”, corrió a cargo de Luis Pérez Fernández, abogado del ICA de Oviedo y profesor asociado de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo. Tomando como punto de partida el art. 20 ET que alude al poder de dirección y control que tiene el empresario sobre la actividad laboral que desarrolla el trabajador y que, por imperativo del art. 10.1 CE debe ejercer siempre con pleno respeto a su dignidad.

* Los resúmenes de las intervenciones han sido redactados por José María Roca Martínez.

Las nuevas tecnologías configuran un ámbito especialmente sensible ante posibles vulneraciones de derechos fundamentales; la información que permiten manejar y los datos que se pueden obtener a través de fotografías, correos, conversaciones, mensajes, navegación por internet, etc., serán susceptibles, fácilmente, de afectar al derecho a la intimidad y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos. En este sentido, cualquier medida empresarial de control ha de adecuarse y ser respetuosa con tales derechos pues, de lo contrario, entraríamos en los supuestos de prueba prohibida cuyo marco legal se encuentra en los arts. 11.1 LOPJ, 90.2 LRJS y 55.5 ET. De manera gráfica el ponente se refirió a una pirámide en cuya cúspide estarían los derechos del trabajador 10.1 y 18 CE y en la base las facultades del empleador de vigilancia y control; de lo que se trata es de alcanzar el equilibrio entre ambas posiciones.

Avanzó en su exposición centrándose en las concretas medidas de control de las comunicaciones y de video vigilancia, en la medida en que presentan una casuística numerosa y variada. En relación a las comunicaciones, cuando el trabajador tiene a su disposición medios informáticos del empresario, debe evitar su utilización para fines particulares (si bien suele existir cierta tolerancia), extendiendo este su control a la vigilancia del uso correcto del correo y a la navegación en páginas web, pudiendo verse afectado el derecho a la intimidad. Para delimitar la licitud o no del control empresarial, hizo referencia al test de proporcionalidad, al que no dudo en considerar excesivamente subjetivo, integrado por la exigencia de justificación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. La STC 241/2012 recomienda el establecimiento de buenas prácticas o protocolos, incluyendo como pautas las siguientes: no deben establecerse prohibiciones absolutas al uso particular, ya que el trabajador no está incomunicado en la empresa y debe admitirse la realización de actividades particulares esporádicas o puntuales (consultar información en páginas de noticias o de diarios, realizar gestiones personales de banca, seguros, etc., responder mensajes de correo o de whatsapp, etc.); no caben medidas arbitrarias, debiendo adecuarse al test de proporcionalidad y correspondiendo al empresario la valoración inicial de tal adecuación; es necesario informar al trabajador de las medidas adoptadas (caso *Barbulescu*), aunque de tal deber se exime al empresario cuando media autorización judicial; no supone injerencia la obtención de hallazgos casuales (p. ej. cuando la razón de la intervención o revisión de un equipo informático tiene su origen en la existencia de un virus), ni los supuestos en que el equipo informático sea de uso compartido con otros compañeros, pues correspondería al trabajador adoptar las precauciones necesarias (utilización de contraseñas o carpetas privadas).

Pasando a las medidas de video vigilancia, el ponente continuó explicando la evolución de la concepción del trabajo para el TC que, si bien en un primero momento lo consideró un acto social no íntimo, susceptible de control empresarial “con sus ojos y oídos” (STC 142/71993), pronto pasó a entender que “tiempo y lugar de trabajo no son ajenos a la intimidad” (SSTC 98/2000 y

186/2000). Como punto de partida, el TC se refiere a la necesidad de que la medida de video vigilancia sea idónea, proporcionada y respetuosa con los derechos fundamentales; en su condición de Letrado, cuestionó el ponente la utilidad de tales afirmaciones, que son “como no decir nada”.

La video vigilancia puede afectar al derecho a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos, debiendo distinguir en función del lugar objeto de vigilancia, según sean de uso profesional o no profesional. En las zonas de uso no profesional, tales derechos están especialmente protegidos; como tales no existe duda en considerar los servicios y vestuarios. Ahora bien, las dudas surgen con los comedores y zonas de descanso, respecto a los cuales se ha utilizado el término “vigilancia débil”, admitiendo grabaciones con escasa calidad y sin sonido, a los solos efecto de controlar el acceso al comedor de trabajadores de otras empresas o de vigilar las máquinas *vending*.

Una cuestión llamativa sobre la que hizo una mención especial son los que vienen denominándose “test de honestidad”, como en el que se metió dinero en la caja a una trabajadora y esta, al hacer el arqueo y comprobar el descuadre, se apropió del exceso; pues bien, el TSJ de Cataluña aplicó la regla de exclusión respecto a la grabación en la que se veía a la trabajadora coger el dinero.

En relación a los requisitos necesarios para validar una video grabación, identificó un primer momento (hasta la STC 29/2013), dominado por la exigencia rígida del test de proporcionalidad y por la posterior incorporación del deber de información expresa que, con el caso Berskha (STC 39/2016), primero, y como consecuencia del caso López Ribalda (STEDH Gran Sala de 17 de octubre de 2019), después, se suavizó al admitir la simple colocación de carteles.

Tras un breve comentario sobre el conocido asunto del conductor de autobús de Vigo (que permitía el acceso sin billete a una señora con la que luego mantenía “contacto estrecho”), concluyó Luis Pérez poniendo de manifiesto la necesidad de adecuar las medidas de control empresariales al test de proporcionalidad, habida cuenta del riesgo cierto de que el resultado de tales medidas pueda verse excluido del proceso por vulnerar derechos fundamentales del trabajador, destacando los bandazos de la jurisprudencia.

Últimos pronunciamientos del TS sobre prueba prohibida en el proceso laboral. José María Roca Martínez

La segunda intervención de la mesa sobre la prueba prohibida en el proceso laboral corrió a cargo de José María Roca Martínez. Comenzó su intervención retomando las palabras iniciales de José Luis Rebollo, ya que, como él, pero un año antes (no por ser mayor, sino porque Rebollo es más joven), Roca cursó el tercer curso de licenciatura en la misma aula Magna en la que se desarrollan las Jornadas; recordó su examen oral de Derecho Internacional Público, con los profesores Luis Ignacio Sánchez y Paz Andrés, que le preguntaron la inmunidad de jurisdicción, lo cual permitió al entonces examinando lucir dotes idiomáticas, tanto de latín «*par in parem non habet imperium*», como de inglés «*the king can do no wrong*».



José María Roca Martínez
PTU Derecho Procesal (UNIOVI)

Acompañando su exposición con una presentación, estructuró su ponencia en tres apartados: la prueba prohibida, los efectos o consecuencias directas (la regla de exclusión) y los efectos o consecuencias indirectas (la calificación del despido), anunciando centrarse en el último apartado para no repetir cuestiones ya expuestas. Casi telegráficamente recordó que la prueba prohibida en nuestro derecho tiene su origen en nuestro derecho en un asunto laboral (STC 114/1984, de 29 de noviembre), de donde pasó a la LOPJ (11.1) y a los sucesivos textos reguladores del proceso laboral (90.1 LPL 1990 y de 1995, así como 90.2 LRJS). Igualmente, de forma resumida se refirió a la colisión de derechos empresario-trabajador que se encuentra en los aspectos basales de la prueba prohibida en el proceso laboral: para el trabajador el respeto a la vida privada y familiar (8 CEDH), la intimidad (18.1 CE), el secreto de las comunicaciones (18.3 CE), las limitaciones en el ámbito informático (18.4 CE), la inviolabilidad (18 ET), la dignidad (20 ET) y la intimidad digital y la desconexión (20.bis ET); para el empresario, el poder de dirección y control (20 ET) y la posibilidad de llevar a cabo registros (18 ET).

Acompañando su exposición con una presentación, estructuró su ponencia en tres apartados: la prueba prohibida, los efectos o consecuencias directas (la regla de exclusión) y los efectos o consecuencias indirectas (la calificación del despido), anunciando centrarse en el último apartado para no repetir cuestiones ya expuestas. Casi telegráficamente recordó que la prueba prohibida en nuestro derecho tiene su origen en nuestro derecho en un asunto laboral (STC 114/1984, de 29 de noviembre), de donde pasó a la LOPJ (11.1) y a los sucesivos textos reguladores del proceso laboral (90.1 LPL 1990 y de 1995, así como 90.2 LRJS). Igualmente, de forma resumida se refirió a la colisión de derechos empresario-trabajador que se encuentra en los aspectos basales de la prueba prohibida en el proceso laboral: para el trabajador el respeto a la vida privada y familiar (8 CEDH), la intimidad (18.1 CE), el secreto de las comunicaciones (18.3 CE), las limitaciones en el ámbito informático (18.4 CE), la inviolabilidad (18 ET), la dignidad (20 ET) y la intimidad digital y la desconexión (20.bis ET); para el empresario, el poder de dirección y control (20 ET) y la posibilidad de llevar a cabo registros (18 ET).

La comparación entre la LOPJ y la LRJS pone de manifiesto que entre ambas hay un matiz diferenciador muy importante, que es el momento procesal en que cada una sitúa la prueba prohibida; así, mientras que para la LOPJ “no surtirán efecto”, sin mencionar el momento procesal”, la LRJS se refiere de manera preferente al trámite de admisión (“no se admitirán”), si bien prevé la exclusión en cualquier momento posterior.

Retomando la precedente intervención de Luis Pérez, repasó la evolución del TC que, en sus primeros pronunciamientos, centró la problemática de la

prueba prohibida en la superación del test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto), sin hacer mención alguna a la necesidad de informar a los trabajadores acerca de las medidas de control adoptadas (la STC 186/2000 resume tal postura con cita de numerosas resoluciones anteriores); el derecho a la información por parte de los trabajadores se incorpora en un segundo momento que, a su vez, tuvo una especie de camino de ida y vuelta, pues si primero se exigió una información previa, expresa, precisa, clara e inequívoca (STC 29/2013), pronto se flexibiliza admitiendo la mera colocación de distintivos informativos (STC 39/2016), asumiendo el TS este segundo criterio (SSTS 4ª 77/2017 de 31 de enero, 86/2017 de 1 de febrero, 96/2013 de 2 de febrero).

El camino por el que ha transitado el TEDH es bastante similar. Con la sentencia del asunto *Barbulescu* (ampliamente comentada en estas Jornadas), su conocido test aporta como novedad el deber de información y la exigencia de garantías en la adopción de medidas de control. En el asunto *López Ribalda*, tras sostener la sección 3ª una exigente interpretación del derecho a la información (STEDH sec. 3ª, de 9 de enero de 2018), la Gran Sala asume la suficiencia de los distintivos informativos e, incluso, flexibiliza su exigencia introduciendo excepciones. Tal criterio no tardó en ser reflejado por los TTSSJJ en sus resoluciones (STSJ Cataluña 5594/2019, de 21 de noviembre, STSJ Andalucía 612/2020, de 20 de mayo).

Entrando ya en el problema específico que la prueba prohibida suscita en el proceso laboral, ha de mencionarse la STC 61/2021, de 1 de marzo. Los hechos consistieron en la monitorización del ordenador utilizado por una trabajadora como medida de control de su rendimiento, resultando de ello que dedicaba el 70% de su jornada laboral a la realización de actividades personales. El despido fue impugnado y el JSoc nº19 de Madrid, tras considerar desproporcionada la monitorización porque supuso el acceso a correos personales y porque había alternativas menos gravosas (test *Barbulescu*), determinó que la prueba había vulnerado derechos fundamentales, calificando como nulo el despido, fijando, además, una indemnización por la vulneración de los derechos fundamentales; desestimó, no obstante, la alegación de acoso planteada también por la trabajadora). El TSJ de Madrid, en la sentencia 591/2018, confirmó la ilicitud de la prueba y mantuvo su exclusión, pero consideró que la decisión extintiva no es vulneradora de derechos fundamentales, sino que su incidencia se produce exclusivamente en el ámbito de la prueba, de manera que con su exclusión, el despido queda huérfano de prueba, debiendo calificarse como improcedente; como consecuencia de ello y de la desestimación de la reproducida alegación de acoso, el TSJ revocó la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Inadmitido el recurso de casación para unificación de doctrina, la trabajadora recurrió en amparo al TC y éste en su sentencia, no establece un criterio definitivo sobre cuál ha de ser la calificación del despido, pero sí apunta la que parece que será su interpretación. El TC sostiene que cuando el despido se justifica en una prueba que ha

vulnerado derechos fundamentales, no existe un derecho constitucional a la calificación del despido como nulo, pues tal decisión extintiva no es vulneradora de derechos fundamentales, considerando que su calificación como improcedente no es arbitraria ni irrazonada. Sí estima el amparo el TC en lo que se refiere al derecho a indemnización por la vulneración de derechos fundamentales (la intromisión que supuso la monitorización), reponiendo las actuaciones para que el TSJ fije la indemnización que corresponda.

La primera conclusión es que la cuestión no está cerrada; primero porque ha sido dictada por la Sala Primera y cuenta, además, con un voto particular, y segundo porque no incluye un pronunciamiento expreso sobre la calificación del despido. Aun así, parece que el TC apunta una interpretación que justifica la calificación del despido como improcedente y confirma la indemnización cuando se vulneren derechos fundamentales, incluso cuando ello tiene lugar en la obtención de pruebas.

El ponente trasladó su valoración personal que condujo a tres posibilidades:

- Si la prueba ilícita por vulnerar derechos fundamentales es la única: la regla de exclusión determina que no puede admitirse ni producir efecto tal prueba, determinando la calificación del despido como improcedente, debiendo fijar el tribunal la indemnización por la vulneración de derechos fundamentales
- Si la prueba ilícita coexiste con otras pruebas y entre ellas existe conexión de antijuridicidad: su ilicitud arrastra a las demás pruebas y la solución será la misma que en el supuesto anterior
- Si la prueba ilícita coexiste con otras pruebas sin conexión de antijuridicidad entre ellas: la regla de exclusión solo afectará a la prueba ilícita, debiendo valorar las demás pruebas, por lo que en función de tal valoración el despido habrá de calificarse como procedente o improcedente, si bien la vulneración de derechos fundamentales ocasionada con la obtención de la prueba excluida dará lugar a la correspondiente indemnización.

Finalmente, el prof. Roca se refirió a la conexión de antijuridicidad, destacando las contradicciones existentes en la jurisprudencia, repasando y comentando diversos supuestos relativos a la toma de fotografías, a la realización de grabaciones y a la declaración testifical de detectives.