

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



INFORME JURÍDICO SOBRE LA RESOLUCIÓN STS  
132/2022

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado  
que presenta:

Cesar Augusto Rojas Rios

ASESORA:

Mariella Lenkiza Valcárcel Angulo

Lima, 2025

## Informe de Similitud


Yo, VALCÁRCEL ANGULO, MARIELLA LENKIZA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "INFORME JURÍDICO SOBRE LA RESOLUCIÓN STS 132/2022", del autor(a) ROJAS RIOS, CESAR AUGUSTO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 32%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 07/12/2025.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 10 de diciembre del 2025

VALCÁRCEL ANGULO, MARIELLA LENKIZA	
DNI: 41212132	Firma:
ORCID: <a href="https://orcid.org/0009-0002-2808-3728">https://orcid.org/0009-0002-2808-3728</a>	

## **RESUMEN**

Se discute si la expulsión de una prueba ilegal que fue admitida en el proceso constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Se plantea la discusión entre el derecho a la prueba y la implementación de la exclusión probatoria. Se analiza los límites que tiene el derecho a la prueba de las partes en el proceso y cómo se utiliza la exclusión probatoria cuando un medio de prueba es declarado ilícito por vulnerar derechos humanos. Además, se analiza cómo el compliance puede influenciar al momento de obtener pruebas como lo son los correos electrónicos y las condiciones previas a las investigaciones internas de una empresa que se deben cumplir para evitar vulnerar derechos humanos de los trabajadores como lo es el derecho a la privacidad. El derecho a la prueba no es absoluto y la aplicación de la exclusión probatoria sirve para reivindicar los derechos humanos al excluir medios de prueba que fueron obtenidos a través de la violación de derechos humanos. El compliance sirve como herramienta para delimitar las investigaciones internas en la empresa y así evitar que se puedan obtener medios de prueba que impliquen vulnerar derechos humanos de los trabajadores y la intromisión excesiva en el foro personal.

### **Palabras clave**

Prueba, compliance, correos, contraseñas, proceso

## ***ABSTRACT***

The discussion centers on whether the exclusion of illegally obtained evidence admitted in court constitutes a violation of the right to effective judicial protection. It raises the question of the relationship between the right to present evidence and the application of exclusionary rules. The limits of the parties' right to present evidence in court are analyzed, as well as how exclusionary rules are used when evidence is declared inadmissible due to human rights violations. Furthermore, the discussion examines how compliance regulations can influence the collection of evidence, such as emails, and the prerequisites for internal investigations that must be met to avoid violating workers' human rights, such as the right to privacy. The right to present evidence is not absolute, and the application of exclusionary rules serves to uphold human rights by excluding evidence obtained through human rights violations. Compliance serves as a tool to delimit internal investigations within the company and thus prevent the obtaining of evidence that could violate the human rights of workers and excessive intrusion into their personal lives.

### ***Keywords***

Evidence, compliance, emails, passwords, legal process

## ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO .....	4
I. INTRODUCCIÓN.....	5
1.1 Justificación de la elección de la resolución .....	5
1.2 Presentación del caso y del análisis .....	6
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES .....	7
2.1 Antecedentes .....	7
2.2 Hechos relevantes del caso.....	8
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS.....	11
3.1 Problema principal.....	11
3.2 Problemas secundarios .....	12
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A .....	12
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios .....	12
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución .....	13
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS .....	13
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES .....	36
BIBLIOGRAFÍA.....	37
ANEXOS.....	40

## PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<b>N° EXPEDIENTE</b>	STS 132/2022
<b>ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO</b>	Derechos humanos, Derecho procesal
<b>IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES</b>	SAP M 16757/2019, STS 132/2022
<b>DEMANDANTE/DENUNCIANTE</b>	D <sup>a</sup> . Leticia, D. Roque, D. Samuel, D <sup>a</sup> . Mariana y D. Segundo
<b>DEMANDADO/DENUNCIADO</b>	D. Teodosio, D <sup>a</sup> . Tania
<b>INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL</b>	Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
<b>TERCEROS</b>	Doña Camino, Doña Elvira
<b>OTROS</b>	

# I. INTRODUCCIÓN

## 1.1 Justificación de la elección de la resolución

Esta resolución es relevante jurídicamente por poner sobre la mesa el conflicto que se da entre el derecho a la prueba y el uso de la exclusión probatoria. Si bien las partes de un proceso tienen el derecho de buscar y presentar los medios probatorios que consideren relevantes para su acusación o defensa, su admisión en el proceso no es inmediata. El derecho a la prueba tiene límites y de ser necesario se aplica la exclusión probatoria después de analizar las características específicas del caso. Se debe realizar un análisis si la adquisición de los medios probatorios a presentar ha implicado cometer delitos o vulnerar derechos humanos. De esta forma, el conflicto entre el derecho a la prueba y la exclusión probatoria se puede dar en cualquier caso y su análisis dependerá de los hechos específicos del caso.

La presente resolución permite analizar el conflicto entre el derecho a la prueba y la exclusión probatoria desde una perspectiva con mayor complejidad. En concreto, se puede analizar dicho conflicto en el marco laboral y con énfasis en el acceso no autorizado de correos institucionales que son usados por los trabajadores. El caso plantea la situación de una empresa que es vulnerable en sus comunicaciones institucionales por no tener un protocolo establecido al momento de retirar las credenciales de acceso.

Además, desde la lógica del compliance, el caso a analizar permite considerar a las nuevas tecnologías en comunicación y las situaciones de riesgo que pueden crear como el acceso no autorizado de los correos electrónicos de la empresa, espionaje corporativo, etc. De esta forma, se puede proponer y aplicar medidas cuyo objetivo sea evitar o reducir el daño ante posibles afectaciones en las comunicaciones institucionales de la empresa. Es una oportunidad que permite mejorar la esfera organizativa de la empresa para evitar vulneraciones futuras y estar a la par con los avances tecnológicos.

## 1.2 Presentación del caso y del análisis

El caso en cuestión trata sobre el uso de pruebas cuestionables y la aplicación de la exclusión probatoria. En concreto, el uso de correos electrónicos entre trabajadores de una empresa como medios probatorios para demostrar la realización de crímenes como lo son la apropiación indebida, administración desleal y falsedad en documento mercantil.

Este caso permite determinar cuáles son los límites entre el derecho a la prueba y la aplicación de la exclusión probatoria. Para ello se debe analizar el derecho a la prueba, las condiciones que determinan la ilicitud de un medio probatorio, si la admisión de una prueba cuestionable vicia todo el proceso y cuáles son las exigencias que se deben cumplir para utilizar la exclusión probatoria.

También del caso se puede analizar la situación de una empresa que no cuenta con mecanismos o protocolos que protejan sus comunicaciones internas. Esto puede facilitar el acceso no autorizado a los medios de comunicación de la empresa como correos, registros de llamada, etc. y poner en peligro información privada como planes de expansión o de inversión. Para los trabajadores puede significar una vulneración a su privacidad.

En lo personal creo que debe existir un balance entre el derecho a la prueba y el derecho a la privacidad en el trabajo que permita desarrollar de la mejor manera un proceso judicial que respete por igual los derechos de las partes involucradas. Con respecto a la empresa, esta debe establecer protocolos de seguridad para cuidar sus medios de comunicación de ataques externos o internos.

Además, la empresa debe cumplir con su deber de garantizar la seguridad de sus trabajadores en el ámbito laboral para evitar alguna afectación o vulneración de sus derechos como la privacidad. Si bien debe cuidar sus comunicaciones del acceso no autorizado, también debe evitar acceder indebidamente a las comunicaciones de sus trabajadores como sucedió en este caso donde fue un cotitular del grupo Gestur quien accedió a los correos de los trabajadores.

En el presente trabajo se analizarán los temas relevantes del caso como el derecho a la prueba y la aplicación de la exclusión probatoria mediante doctrina relevante.

## II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

### 2.1 Antecedentes

Empresas que conforman el Grupo Gestur:

- Ferga 10 SA
- Gestión del suelo Gestur SL
- Gestora Autónoma SA

Propietarios del Grupo Gestur por igual:

- Hermano Don Bernardino
- Hermano Don Teodosio

Distribución familiar:

-Hijos de Don Bernardino:

- Don Roque
- Doña Camino
- Don Samuel
- Doña Mariana

-Hijas de Don Teodosio:

- Doña Elvira
- Doña Tania

Otras personas pertinentes en el caso:

Don Segundo: hermano de Don Samuel

Doña Leticia: querellante en el proceso y compradora en representación de Gestora Autónoma SA.

	Nombres de los involucrados relevantes	
Resolución	STS 132/2022	
Dueños y hermanos	Don Bernardino	Don Teodosio
Hijos	Don Roque	Doña Elvira
	Doña Camino	Doña Tania
	Don Samuel	
	Doña Mariana	
Otras personas pertinentes en el caso	Don Segundo	
	Doña Leticia	

## **2.2 Hechos relevantes del caso**

### **II.2.1 Hechos reales del caso**

GESTIÓN DEL SUELO GESTUR realiza la compra de un terreno el 10 de junio de 2003 con el objetivo de construir cinco viviendas ubicadas en el conjunto residencial Hacienda Real. FERGA 10 SA fue quién financió la compra.

Concluida la construcción no obtienen la licencia de primera ocupación que les fue denegada el 19 de julio de 2006. Los hermanos Don Segundo y Don Samuel, este último hijo de Don Bernardino, decidieron transmitir la titularidad de las viviendas a GESTORA AUTONÓMICA SA, bajo el entendido de que una vez hecha la transmisión a un tercero sería más fácil obtener la licencia. No se especifica si estos dos hermanos tenían en su momento los poderes para transmitir la titularidad.

El 17 de septiembre de 2007 don Teodosio, uno de los hermanos cotitulares del grupo GESTUR, y doña Leticia otorgaron escritura pública de compraventa, el primero actuando como vendedor en representación de GESTIÓN DEL SUELO GESTUR SL y la segunda como compradora en representación de GESTORA AUTONÓMICA SA.

En la escritura de compraventa se especifica el precio de 2.384.635 euros que se declararon recibidos con anterioridad a su otorgamiento. En ella se afirmó que la venta es consecuencia de cinco contratos privados de compraventa y las partes especifican que el medio de pago es la liberación de ciento veinte pagarés, que no llegaron a emitirse.

A los cinco contratos privados de compraventa, de cuya existencia no hay constancia, se refiere también el documento privado de reconocimiento de deuda y constitución de garantía, fechado el 20 de enero de 2007 y suscrito por doña Tania, hija de Don Teodosio, y don Teodosio, actuando la primera en representación de FERGA 10 SA y el segundo como administrador de GESTORA AUTONÓMICA SA. En este documento también se hizo constar que el precio de la compraventa es 2.384.635 euros. En el mismo documento se hizo constar que para el abono por parte de GESTORA AUTONÓMICA SA de los pagarés, que no consta llegasen a emitirse.

El 19 de noviembre de 2010 don Bernardino y don Teodosio, ambos en su nombre y en representación de sus respectivos hijos convinieron en documento privado reflejar la titularidad real de todos y cada uno de los bienes que integran el patrimonio empresarial del Grupo Gestur, estableciendo que el mismo es propiedad de ambos hermanos al 50%. Forman parte del patrimonio empresarial las cinco viviendas unifamiliares ubicadas en el conjunto residencial Hacienda Real

Expresamente se declara no probado que el documento privado de reconocimiento de deuda y dación en pago suscrito por los querellados don Teodosio y doña Tania fuese elaborado en el mes de octubre año 2012, alterando la fecha de este y datándolo el 20 de enero de 2007.

### **II.2.3 Hechos procesales**

#### **Pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Madrid en Procedimiento abreviado<sup>1</sup>**

Doña Delia, don Mario, don Bernardino, doña Frida y don Alexis sostienen la acusación contra don Blas, doña Herminia y don Constancio, a quienes considera autores de los delitos de apropiación indebida, alternativamente de administración desleal, en concurso medial con un delito de falsedad en documento mercantil.

El Tribunal decide ABSOLVER A LOS ENCAUSADOS don Blas, doña Herminia y don Constancio de los cargos imputados por la acusación particular.

#### **Apropiación indebida o administración desleal**

Los cinco inmuebles solo formalmente figuraban en el activo de la mercantil GESTORA AUTONÓMICA SA, pues realmente eran propiedad al 50% de los hermanos don Víctor y don Blas. Se realizó una compraventa sin mediar el pago del precio con la única finalidad de obtener la licencia de primera ocupación y posibilitar su transmisión a terceros. A causa de ello, la titularidad de GESTORA AUTONÓMICA SA solo fue aparente.

Se simularon una serie de negocios jurídicos para transmitir y recuperar la propiedad de los inmuebles, actuación que carece de un contenido material de antijuridicidad, pues los bienes siempre permanecieron en el entramado societario del Grupo Gestur.

#### **Delito de falsedad en documento mercantil**

No se aprecia la existencia del delito de falsedad en documento mercantil. Si desde el punto de vista material no hay acción falsaria, pues el contenido del documento refleja una operación simulada que era conocida y consentida por todos los afectados, desde el punto de vista formal tampoco puede reconocerse efecto alguno a la supuesta antedatación del documento. La falsedad no ha sido probada por quien tenía la carga de hacerlo, la acusación particular, que para conseguirlo se ha servido de pruebas constitucionalmente ilícitas que el tribunal se ve impedido de valorar.

#### **Pronunciamiento sobre la validez de la prueba**

---

<sup>1</sup> Audiencia Provincial de Madrid SAP M 16757/2019. Sentencia: 21/11/2019 [Consejo General del Poder Judicial: Buscador de contenidos](#)

En un inicio del proceso y con la información obtenida en ese momento, el tribunal aceptó de forma provisional los correos electrónicos como evidencia. Posteriormente se procede a declarar que la actuación de los querellantes fue ilícita y excluir de la valoración de la prueba los mensajes de correo electrónicos, a través de los cuales la acusación particular pretendía probar el hecho de que el documento privado de reconocimiento de deuda y constitución de garantía de dación en pago fue antedatado, alterando de este modo la fecha del otorgamiento.

En la primera valoración de la prueba se entendió que el conservar las claves, una vez revocados los poderes, por parte de don Bernardino, cotitular del grupo Gestur, equivalía a la autorización tácita. La valoración fue incompleta al no contar con todos los elementos de juicio. En concreto, el testimonio proporcionado por la administradora contable doña Miriam que afirma que los titulares de las direcciones de los correos electrónicos carecían de la posibilidad de modificar las claves que establecía la compañía.

No existen motivos para aceptar que la actuación de indagar secretamente en los correos de la empresa haya estado guiada por la razonable creencia de que la actuación era legítima. No solo porque existe jurisprudencia que alertaba de que esa práctica era ilegal, sino que el escrutinio del contenido de los correos fue exhaustivo, afectó a múltiples personas, se realizó de forma reiterada en diversos momentos y por un tiempo prolongado.

Todo ello vicia la prueba e impide su utilización por mandato del art. 11.1 LOPJ, lo que significa la prohibición de valorarla y formar, basándose en ella, la convicción sobre los hechos.

### **Pronunciamiento del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal en Recurso de casación<sup>2</sup>**

La sala ha decidido no dar a lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup>. Leticia, D. Roque, D. Samuel, D<sup>a</sup>. Mariana y D. Segundo contra la sentencia de 21 de noviembre de 2019 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 4<sup>a</sup>).

Primer motivo, al amparo del artículo 852 lecrim, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: indebida declaración de ilicitud constitucional de un medio de prueba documental declarado previamente pertinente.

El primero de los motivos combate la aplicación por el tribunal de instancia de la regla de exclusión probatoria ex artículo 11 LOPJ, en relación con diversos correos electrónicos y archivos adjuntos remitidos desde cuentas corporativas de la empresa GRUPO GESTUR.

---

<sup>2</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Penal STS 132/2022. Sentencia: 24/01/2022. [STS 132/2022 - ECLI:ES:TS:2022:132 - Poder Judicial](#)

Al parecer de los recurrentes, no ha existido infracción de derechos fundamentales que justifique la exclusión ordenada por dos razones. La primera, quien accedió a dichos contenidos fue el cotitular de la empresa, el Sr. Bernardino, utilizando las claves de las que disponía y que, pese a que le fueron revocados los poderes de representación, no le fueron retiradas. Por tanto, en dicha condición, ejerció un legítimo derecho de control y de acceso a la información. En segundo lugar, porque las cuentas de correo examinadas no eran individuales, no correspondían a los distintos trabajadores o empleados de la empresa, sino cuentas corporativas.

Sobre la primera razón, para analizar el acceso del Sr Bernardino debe acudir necesariamente a la STEDH, de Gran Sala, caso BĂRBULESCU que señala "la obligación de los tribunales nacionales de garantizar que la adopción por parte de un empresario de medidas de control de la correspondencia y otras comunicaciones, cualquiera que sea su alcance y duración, vaya acompañada de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos". En el caso no se identifica que en el acceso por parte del Sr. Bernardino al contenido de correos electrónicos y cuentas corporativas, pero por usuarios individuales vinculados e identificados nominalmente, se hayan respetado las mínimas condiciones de compatibilidad con las exigencias de protección de los derechos a la privacidad e intimidad de los empleados afectados.

Sobre la segunda razón, en los supuestos de cuentas corporativas, todos los alias vinculados pueden recibir los mensajes remitidos a dicha cuenta. Esto no significa que los mensajes enviados por cada usuario vinculado sean compartidos con los otros alias de la cuenta. Los actos comunicativos se realizaron desde una cuenta corporativa, pero por un usuario concreto y exclusivo. El uso de cuentas corporativas en el caso no desplazaba ni vaciaba de contenido la legítima expectativa de privacidad de cada uno de los usuarios vinculados a dichas cuentas.

Por todo ello, la 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.

### **III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS**

#### **3.1 Problema principal**

¿Cuáles son los límites en el derecho a la prueba y que faculta la exclusión probatoria?

¿Desde la lógica del compliance cuáles serían las medidas a tomar para evitar el acceso irregular de las comunicaciones internas de la empresa?

### **3.2 Problemas secundarios**

¿En qué consiste el derecho a la prueba y cuáles son sus límites?

¿Qué condiciones determinan la ilicitud o prohibición de un medio probatorio?

¿La admisión de una prueba ilícita o prohibida vicia todo el proceso?

¿Cuáles son las exigencias que se deben cumplir para aplicar la exclusión probatoria?

¿Qué es el compliance?

¿Qué controles y medidas debe implementar la empresa para evitar el acceso indebido de sus comunicaciones?

## **IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A**

### **4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios**

El derecho a la prueba no puede imponerse sobre otros derechos como el derecho a la privacidad. Concretamente, en el espacio laboral. Los correos que se utilizan en el trabajo, aunque son de uso común, no implica la falta total de privacidad de las comunicaciones. Ante ello, el derecho a la prueba debe seguir con parámetros de licitud para que una prueba sea admitida y analizada en un proceso; de lo contrario, la prueba será considerada ilícita y se empleará la exclusión probatoria que es un mecanismo contra el abuso del derecho a la prueba.

Desde la lógica del compliance se necesita implementar protocolos a seguir para proteger las comunicaciones internas de la empresa. Forma parte de los deberes de la empresa fomentar una cultura de ciberseguridad dentro de su organización y capacitar constantemente a sus trabajadores para evitar en lo posible vulneraciones, en este caso, a las comunicaciones internas. Se necesita, primero, establecer mecanismos para que los propios trabajadores tengan la capacidad de cambiar las contraseñas de las cuentas que ellos utilizan; segundo,

establecer en el reglamento del trabajador que las contraseñas son personales y que no está permitido compartirlas; y tercero, al momento en el que al trabajador se le retiran las credenciales por renuncia, despido o cambio de funciones, los trabajadores de informática deben cambiar las contraseñas inmediatamente realizando una correcta gestión de credenciales.

#### **4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución**

Estoy a favor de la resolución y el análisis realizado para llegar a la conclusión de que la causa de los denunciantes no tiene fundamento. Es acertado el desarrollo conceptual del derecho a la privacidad en el trabajo, el derecho a la prueba y el uso de la exclusión probatoria. Además, el tribunal acepta que, si bien es cierto que el empleador tiene la posibilidad de controlar y fiscalizar a sus trabajadores, esto no se puede realizar de forma indiscriminada y sin respetar límites preestablecidos. Considero que el tribunal en este caso realizó un análisis muy completo de los temas relacionados con el caso, desarrollo muy bien los conceptos y límites de los derechos y atribuciones del empleador.

### **V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

#### **Primer problema principal**

¿Cuáles son los límites en el derecho a la prueba y que faculta la exclusión probatoria?

#### **Problemas secundarios**

**¿En qué consiste el derecho a la prueba y cuáles son sus límites?**

El derecho a la prueba es aquel elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo, en virtud del cual todo sujeto de derecho que participa o participará como parte o tercero legitimado en un proceso tiene el derecho a producir la prueba necesaria para formar la convicción del juzgador acerca de la existencia o inexistencia de los derechos que son o serán objeto concreto de prueba (CASTILLO, Luciano 2014: 21). Es así como cualquier persona que es parte de un proceso, ya sea como parte acusadora, acusada o con interés legítimo, tiene la posibilidad de presentar todas las pruebas que le sirvan para demostrar la veracidad de sus afirmaciones o alegaciones. El tercero con interés legítimo, por ejemplo, debe acreditar que efectivamente tiene un interés jurídico que puede verse afectado por la resolución o decisión del juez en el proceso. Es por este derecho que el señor Bernardino puede presentar las pruebas que considere necesarias para demostrar la veracidad de su postura y afirmaciones en el proceso. Se trata de una garantía que busca que el proceso se desarrolle de la mejor manera y que se resuelvan eficazmente los conflictos. Es por ello por

lo que en el proceso se presentan los correos electrónicos porque estos, según el criterio del señor, permiten al juez generar certeza sobre la veracidad de la postura acusadora.

El derecho a probar como integrante de un derecho fundamental cuenta también con las mismas características; por ello es de aplicación obligatoria en todo proceso (CASTILLO, Luciano 2014: 21). Justamente por ello durante el proceso existe una etapa establecida y un plazo para que las partes presenten sus pruebas. Además, existen excepciones que permiten presentar pruebas fuera del periodo de tiempo preestablecido siempre que se argumente una razón válida. Es inviable que un juez emita un fallo o decisión sin haber aceptado y analizado pruebas que corroboren los alegatos de las partes; significaría que el juez se basa en la palabra de las partes que no siempre es fiable o se ajusta a la realidad. Este derecho no necesita ser exigido por el señor Bernardino, si no que el proceso como está preestablecido facilita la presentación de pruebas.

El que las partes tengan el derecho a probar un hecho significa que tiene la facultad de presentar todos los medios de prueba relevantes y admisibles para apoyar su versión en litigio (CASTILLO, Luciano 2014: 22). No existe un límite establecido sobre la cantidad de pruebas que se puede presentar en un proceso, pero se exige que estas deben ser relevantes con lo que se quiere probar para no entorpecer o alargar el proceso con información que no sirve para convencer al juez; y deben ser posibles de admisión o de lo contrario el juez no podrá tomarlas en cuenta. Por ejemplo, se puede presentar declaraciones testimoniales sobre un hecho controvertido, pero no es posible aceptar testimonios que no tienen relación con los temas a tratar en el proceso porque se estarían actuando y analizando pruebas que no van a servir al juez para crear convicción. Los correos electrónicos aportados en primera instancia por la parte acusadora eran relevantes por brindar información importante sobre los hechos controvertidos del caso; por lo que fueron admitidos en un primer momento y prueba de su gran relevancia es que, al ser expulsados del proceso, la postura acusadora ya no tenía una base sólida. Por lo tanto, los correos electrónicos conseguidos por el señor Bernardino son relevantes en el proceso y cumplen con este requisito para ser admitidos en el proceso. Su defecto no está en su relevancia, sino en otro aspecto importante de la prueba.

Se debe agregar que el derecho a la prueba no solo permite presentar medios de prueba; como señala Giovanni Priori: “El derecho a la prueba es el derecho que tienen las partes en el proceso a ofrecer, a que se admitan, a que se actúen y valoren los medios de prueba” (PRIORI, Giovanni F. 2018: 158). No basta con permitir que las partes presenten sus pruebas para satisfacer el derecho a la prueba, sino que estas deben ser admitidas, actuadas y valoradas en el proceso por el juez de manera efectiva y argumentada. Según José Neyra: “La valoración de la prueba es la parte decisiva de toda prueba probatoria. En esta, el juzgador, a partir de un análisis individual y conjunto de los medios de prueba aportados por las partes, les asigna un valor determinado y en función de ello decide si condena o absuelve” (NEYRA, José 2018: 184). Una vez que la prueba se actúa, el juez procede a valorar las pruebas ofrecidas y dependiendo de su análisis es

que el juez puede tomar una decisión argumentada y razonada. Al final, si se cumple el objetivo o no de la prueba, que es generar convicción en el juez, se define en la valoración de la prueba.

El derecho a la prueba se expresa también con el reconocimiento de la libertad probatoria en los códigos procesal iberoamericanos (PRIORI, Giovanni F. 2018: 158). En los códigos procesales de varios países se tiene un listado de los medios de prueba que se pueden presentar, pero no son listas cerradas. Como señala Marco Angulo: “La libertad probatoria es un principio que permite que la prueba de los hechos se realice tanto por aquellos que se encuentran desarrollados en la legislación, como por cualquier otro medio técnico o científico que pueda generar actos de fe, certeza y cuya obtención no obedezca a procedimientos que vulneren los derechos humanos.” (ANGULO, Marco Antonio 2012: 39-40). Siempre y cuando la obtención de la prueba no implique violación de derechos humanos y sea relevante, cualquier objeto, persona, etc. que permita transmitir información al juez para que este pueda emitir un fallo, se puede usar como medio de prueba. Este es el motivo por el cual en el proceso se pudieron introducir los correos electrónicos que consiguió el señor Bernardino como prueba y es que no existe limitación al momento de determinar qué puede ser considerado prueba. El señor Bernardino podía presentar audios, documentos, etc. y estos pueden ser admitidos si son relevantes y no contravienen derechos humanos. En el caso en concreto, los correos electrónicos fueron expulsados del proceso por la forma en cómo se obtuvieron, pero no por ser correos electrónicos en sí. Si la forma de obtenerlos hubiera sido la correcta, no hubieran sido expulsados del proceso.

Existe una amplia posibilidad de las partes de utilizar cualquier tipo de medio probatorio para acreditar afirmaciones ya sea que se encuentren o no previstos en la ley (PRIORI, Giovanni F. 2018: 159). Las prohibiciones sobre el uso de medios de prueba se enfocan en la pertinencia o en la forma en cómo son obtenidas, pero no prohíben utilizar determinados medios de prueba por lo que son. No existen prohibiciones expresas como “no se pueden usar correos electrónicos”, “no se pueden usar videos”, etc.

La libertad de medio de prueba o libertad de fuente de prueba existe en el proceso penal en atención al principio de investigación y la finalidad del proceso penal de hallar la verdad material; de lo contrario, y si atendemos a la constante evolución de la sociedad, el proceso penal quedaría rezagado y sería incapaz de cumplir sus funciones (ASENCIO, José María 2008: 17). Si el listado de medios de prueba fuera cerrado, se obstaculizaría enormemente el proceso penal porque los avances tecnológicos siempre avanzan más rápido que la actividad legislativa. En pocas décadas los medios comunicación han tenido avances enormes. Desde el uso de cartas escritas a mano se pasó a mensajes de texto y ahora se puede utilizar stickers de WhatsApp, por ejemplo. Si para usar un nuevo avance tecnológico como medio de prueba en un caso, primero debe ser aceptado y plasmado por el legislador en las normas, se dificultaría y limitaría la actividad probatoria en los juicios que en ese momento se estén realizando.

Ahora, todo derecho es importante porque busca proteger bienes, servicios o conceptos que la sociedad considera relevantes y necesarios, pero esta protección no es absoluta porque existe la posibilidad de un conflicto entre distintos derechos o el mismo derecho, pero de dos o más personas. Es por eso por lo que existen límites o ciertas barreras a considerar al momento de cumplir con un derecho o limitarlo y esto se hace mediante un análisis de ponderación. No existen en realidad derechos fundamentales estrictamente ilimitables, siendo así que de lo contrario se frustraría de antemano el éxito de cualquier investigación penal (ASENCIO, José María 2008: 135). Si el derecho a la inviolabilidad del domicilio fuese absoluto y sin limitaciones, sería imposible realizar cateos con orden judicial o si el derecho a la prueba fuese ilimitado, se podría presentar medios de prueba que fueron obtenidos a través de la violación de otros derechos humanos.

El derecho a la prueba puede tener algunas restricciones para proteger otros derechos o principios constitucionales siempre que se cumpla con realizar el juicio de proporcionalidad de la restricción (PRIORI, Giovanni F. 2018: 159). El derecho a la prueba permite presentar declaraciones testimoniales, pero existen límites y estos son los otros derechos como el derecho a la vida, a dignidad o a la salud. De lo contrario se aceptaría que un sospechoso se declare culpable después de haber sido torturado y esto si bien afecta sus derechos como la salud, también afecta el proceso en sí y en la búsqueda de la verdad porque una persona inocente podría aceptar la autoría de un delito que no cometió; esto dañaría la confianza de la sociedad en los órganos de justicia. De esta forma, si bien se reconoce que el señor Bernardino tiene el derecho de presentar todas las pruebas que considera necesarias para sustentar la acusación y que tiene libertad para presentar distintos tipos de medios de prueba, sus derechos no son absolutos o que estos gocen de una protección absoluta. El derecho a la prueba del señor Bernardino tiene límites claros como lo son los derechos humanos y en este caso su derecho se enfrenta al derecho a la privacidad de sus trabajadores. La parte acusadora señalaba que las cuentas de correo electrónico que los trabajadores usaban eran corporativas y no estaban asignadas a un trabajador en específico, sino que estas se identificaban por los nombres de los distintos departamentos que integran la organización y la clave era en ese momento de acceso común. Es en base a esto que la parte acusadora señala que no se existe un espacio en donde se pueda exigir la privacidad; no obstante, el tribunal, del análisis de los correos, determinó que los sistemas de correo corporativo permiten la vinculación a cada una de ellas de diferentes "alias" que se convierten en usuarios individuales de dicha concreta cuenta. Para acceder a esta, la persona a quien corresponde el "alias" vinculado debe registrarse mediante su nombre de usuario y una clave. Es de esta manera que el uso de la cuenta pasa al ámbito privado del trabajador y, por lo tanto, la afirmación de la parte acusadora de que la obtención de los correos electrónicos no afectó la privacidad de los trabajadores no se sostiene.

Además, el derecho a la prueba tiene como límites otros derechos, pero también tiene como limitantes principios procesales, por ejemplo. Uno es el principio de preclusión por el cual el proceso debe durar un plazo razonable y el derecho a la

defensa de la contraparte quien debe tener una adecuada posibilidad de rebatir el medio de prueba ofrecido (PRIORI, Giovanni F. 2018: 160). El proceso no puede ser eterno o durar demasiado tiempo porque la espera excesiva de una decisión puede afectar bienes jurídicamente relevantes como la salud o la dignidad de las partes. Es por eso por lo que en el proceso está establecida una etapa específica para presentar pruebas y solo en casos muy especiales se puede presentar pruebas de forma extemporánea y con una justificación válida. La prueba necesita tiempo para ser admitida, actuada y analizada; además, se dificultaría la toma de decisión del juez si las pruebas se presentan de forma indiscriminada porque este debe analizar las pruebas por separado, pero también en conjunto para tomar la mejor decisión posible e informada.

Ahora, se ha analizado el derecho a la prueba y la libertad probatoria, pero es pertinente también desarrollar la base de estos temas que es la prueba en sí. La prueba no es una institución propia y exclusiva del derecho, sino que trasciende ese ámbito, abarcando todas las ramas del ser humano que buscan convencerse de lo ocurrido en el pasado, ya que por ella se puede llegar a la certeza de la existencia o inexistencia de un hecho (TAMBINI DEL VALLE, Moisés 1996: 46). Un historiador, arqueólogo, biólogo, físico o investigador de cualquier ciencia deben probar sus resultados y conjeturas ante sus pares. Lo mismo ocurre con un padre de familia, profesor o colegas que se surten de pruebas para probar sus actos y de las personas que los rodean. La función esencial de la prueba, de esta manera, es generar convicción sobre algún hecho, afirmación o descubrimiento que se pueda producir en la vida diaria y no exclusivamente en un proceso judicial.

La prueba adquiere categoría judicial cuando es tomada en cuenta dentro un proceso civil, penal, laboral, agrario u otro (TAMBINI DEL VALLE, Moisés 1996: 46). La prueba se vuelve de relevancia jurídica cuando se integra a un proceso en donde debe cumplir con ciertos requisitos y cuando se cumplen, existe la obligación de ser considerada y analiza. No ocurre lo mismo cuando se busca probar algún hecho o afirmación que se brinda en una reunión con amigos. La prueba se concibe como un elemento epistémico, esto es, como herramienta de conocimiento y el instrumento que sirve para conocer la verdad de los hechos en el proceso (LLUCH, Xavier Abel 2018: 202). La prueba que tiene categoría judicial es el instrumento por el cual las partes brindan información durante el proceso que permite esclarecer cómo ocurrieron los hechos y corroborar las afirmaciones que se realicen. Su finalidad consiste en lograr la convicción del juez o tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho operadas por las partes en el proceso (ASENCIO, José María 2008: 1). El juez o tribunal no puede basar su decisión en la palabra de las personas porque siempre existe la posibilidad de que estén mintiendo y más aún si lo que se busca es evitar una condena. Se puede escuchar las declaraciones, pero éstas realmente se tendrán en consideración cuando se presente evidencia que respalde lo dicho.

Ahora la prueba es compleja porque tiene distintos elementos como el objeto de prueba, el órgano de prueba, la fuente de prueba o los medios de prueba. El problema surge cuando se usa el término "prueba" indistintamente con estos

elementos por lo que es relevante desarrollar cada uno de ellos para diferenciarlos y que esto servirá cuando se analice la ilicitud de la prueba.

El objeto de la prueba, o tema probandum, es la cosa, hecho, acontecimiento o circunstancia que debe ser demostrada en el proceso (TAMBINI DEL VALLE, Moisés 2000: 106). Se trata del objetivo o finalidad de responder la pregunta ¿Qué quiero probar o demostrar? Se puede buscar probar la muerte de una persona, la destrucción de un objetivo, un robo, etc. También se puede considerar que el objeto de prueba son las afirmaciones que las partes hacen respecto de los hechos (CASTILLO, Luciano 2014: 38). Ante la muerte de una persona se puede realizar afirmaciones como que la causa fue natural, un accidente u homicidio. En este ejemplo el objeto de prueba o lo que se busca demostrar no es la muerte en sí, sino la causa de dicha muerte. Al final, el objeto de prueba es lo que se busca demostrar o probar en el proceso que puede ser un hecho, cosa acontecimiento o afirmaciones que se puedan realizar sobre estos. En el caso del expediente en concreto, lo que se busca probar es la comisión de los delitos señalados como la alteración de la fecha de un documento por parte de los acusados.

La fuente de prueba es aquel hecho, cosa, acto o actitud que contiene en sí una significación originaria capaz de transformarse en argumento probatorio. La fuente de prueba está fuera del proceso o incluso existió antes del inicio de este (CASTILLO, Luciano 2014: 39). Responde a la pregunta de ¿Con qué se prueba? y la respuesta puede ser con un testigo, un video, un objeto, etc. Estos ya existían previos a que se inicie un proceso judicial o que inicie alguna investigación. En el caso del testigo de algún crimen, el conocimiento o información que posee ya existe desde que se cometió el delito y seguirá existiendo ya sea que se inicie un proceso o no. Lo mismo ocurre con algún objeto como un cuchillo con huellas dactilares del homicida que es una fuente de prueba y en el proceso o juicio este objeto se integra, pero su existencia no depende del juicio o proceso en sí. En este caso la fuente de prueba serían los supuestos intercambios de correos electrónicos entre miembros del grupo gestur, los acusados, en donde se detallarían los actos delictivos por los que se les acusa.

El órgano de la prueba es la persona física que suministra en el proceso el conocimiento del objeto de prueba (TAMBINI DEL VALLE, Moisés 2000: 116). Busca responder la pregunta de ¿con quién se prueba? porque se trata del ser humano que puede ser el testigo, perito o interprete que exterioriza la información que posee durante el proceso. En el caso del perito, es mediante su declaración o informe pericial que transmite directamente un dato o información al juez (CASTILLO, Luciano 2014: 38). Es esta persona quien comparte la información que posee como el resultado de una investigación para determinar la causa de una muerte.

La prueba tiene por fin crear en el juez un convencimiento sobre determinados hechos. El camino para lograr este propósito es proporcionarle una percepción sensorial (TAMBINI DEL VALLE, Moisés 2000: 116). El juez como ser humano

capta información a través de los sentidos como es el de la vista y la audición y para ello hay que exteriorizar la información de manera que pueda ser recibida por estos sentidos. La forma de realizar esto es mediante apoyo visual como imágenes o videos y apoyo auditivo como grabaciones de audio o declaraciones. Entonces, el medio de prueba es la vía, el canal o el “vehículo” a través del cual se incorporan los elementos de prueba al proceso (CASTILLO, Luciano 2014: 40). Responde a la pregunta de ¿Cómo introduzco la prueba al proceso? y esto se puede dar a través de una declaración testimonial, un documento, una confesión etc. Como ejemplo en la prueba testimonial el testigo es el órgano de prueba y la declaración testimonial es el medio de prueba. En este caso en concreto, los correos electrónicos son el medio de prueba porque es mediante ellos que se introduce al proceso las conversaciones de los acusados donde supuestamente se detallan los actos delictivos que habrían cometido.

Con el compromiso a desarrollarse en profundidad en el siguiente apartado, el declarar la ilicitud o prohibición de una prueba depende de cómo se ha obtenido el medio de prueba. Buscar probar un hecho, usar un testigo en el proceso o presentar un objeto como prueba no puede ser declarado ilícito o prohibido porque son intenciones, cosas o personas que no violan normas o derechos por existir. En cambio, la forma en cómo se obtienen es lo que se puede evaluar y considerar su ilicitud o prohibición. Por ejemplo, en la declaración testimonial se puede declarar como ilícita o prohibida por la forma en cómo se obtuvo. Si el testigo declara libremente, no hay problema y puede ser admitida en el juicio; en cambio, si la declaración se obtuvo bajo tortura o amenaza, no puede ser considerada y evaluada por el juez debido a la violación de derechos humanos. Esto será desarrollado con mayor profundidad en el siguiente punto.

### **¿Qué condiciones determinan la ilicitud o prohibición de un medio probatorio?**

Como señala Giovanni Priori: “Un problema recurrente es que se usan diversas expresiones: prueba ilícita, prohibida, ilegal o irregular; en Perú se usan como sinónimos los términos prohibida o ilícita, en Argentina se usa indistintamente ilícita o ilegal, y lo mismo ocurre en Brasil, Chile o Paraguay.” (PRIORI, Giovanni F. 2018: 163). Tanto en la legislación como en la doctrina, no existe un consenso en el uso de la terminología al momento de analizar la prueba que no se puede admitir en el proceso. El concepto puede ser el mismo, pero cada país o autor tiene distintas formas de referirse al momento de hacer alusión a este tipo de pruebas.

La prueba prohibida o prueba ilícita ha sido definida como aquel material que se obtiene, admite y actúa con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales y tiene como efecto su expulsión del proceso (CASTILLO, Luciano 2014: 23). Centrándonos en el concepto, este tipo de prueba, ilícita o prohibida, recibe esta denominación cuando se ha obtenido mediante la vulneración de derechos humanos; por lo tanto, el juez debe tratarla como inadmisibles, no considerarla en el proceso ni en su análisis para tomar una decisión. Se puede hablar de prueba en forma general, pero en donde recae la

ilicitud o prohibición es en el medio de prueba. Como se adelantó antes, no es la prueba en sí lo que transgrede los derechos humanos, sino la forma en cómo se obtuvo y si en el proceso de obtenerla se violaron derechos humanos. Se puede señalar que no importa en cómo se obtuvo el medio de prueba siempre y cuando el objetivo sea encontrar la verdad, pero no es correcto porque tampoco se garantiza que esto ocurra.

Para Hamilton Castro: “La prueba ilícita tiene como elemento en su delimitación conceptual que se trata de un mecanismo que limita el principio general de averiguación de la verdad en el proceso. Es una barrera que impone para el juzgador la prohibición de valorar la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales e implica que la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio” (CASTRO, Hamilton 2009: 64-65). Si se aceptara cualquier medio de prueba sin importar en cómo fue obtenido con la excusa de obtener la verdad sobre un suceso o hecho controvertido, se estaría colocando al derecho a la prueba y al principio general de la verdad en el proceso por encima de otros derechos o bienes protegidos constitucionalmente. La vida de una persona o su integridad no importaría por lo que se le podría torturar con tal de conseguir los medios de prueba necesarios para conseguir la verdad como una confesión.

El esclarecimiento de los hechos punibles sin límite alguno implicaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal (ROXIN 2000: 191). El descubrir la verdad es importante en la sociedad y más si se trata de un crimen, pero no es correcto dañar otros bienes que son valiosos porque se alteraría el orden social. No tendría sentido buscar la verdad para proteger a la sociedad, si para ello se dañan valores colectivos e individuales que son importantes en dicha sociedad. Se generaría desconfianza e inseguridad en el sistema de justicia y más aún cuando alcanzar la verdad absoluta es imposible. No habría garantías en el proceso o un orden establecido porque quedarían en segundo plano siempre que se logren esclarecer los hechos controvertidos.

No hay ninguna norma que, en sí, en el proceso penal, permita averiguar la verdad a cualquier precio (ASENCIO, José María 2008: 108). Se puede exigir y dar facilidades, pero no solo importa encontrar la verdad, también es importante la forma en cómo se llega a la verdad. Se debe realizar un proceso que permita descubrir cómo sucedieron los hechos sin afectar de forma injustificada o desproporcionada derechos o bienes constitucionales de las partes o terceros. El Estado se autolimita en su obligación de obtener la verdad a la filosofía que inspira una sociedad democrática y a las normas que rigen la vida de la colectividad (ASENCIO, José María 2008: 107). El Estado mismo, a través de la actividad legislativa, se impone límites a su tarea de impartir justicia y buscar la verdad a través de su labor judicial, pero estas limitaciones también se aplican para los ciudadanos. Ni el Estado o la persona que sea parte de un proceso puede vulnerar de forma injustificada y desmedida derechos humanos para conseguir medios de prueba que sirvan para corroborar su postura.

El que la verdad haya de establecerse por vía de procedimientos legítimos que en sí mismos tienen la pretensión de asegurar la igualdad de las partes (ASENCIO, José María 2008: 108). El que una parte presente pruebas obtenidas con el respeto a los derechos humanos, principio y bienes constitucionales implica uso de tiempo y otros recursos para su obtención; en cambio, si la otra parte consigue medios de prueba violando derechos humanos, en muchos casos no invertirá mucho tiempo o recursos. Por ejemplo, se quiere allanar el domicilio de un sospechoso para encontrar drogas ilícitas y para ello se debe solicitar la autorización judicial con un razonamiento válido, se debe contar con presencia policial y un fiscal. Todo esto implica tiempo y esfuerzo que se puede ahorrar si en lugar de seguir la vía legítima, se entra sin permiso al domicilio. Es enorme la diferencia entre el esfuerzo invertido de una parte que cumple el proceso legítimo de la contraparte que no.

Hamilton Castro señala otro elemento: "Prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales, quedando excluida del concepto la que en su adquisición ha lesionado normas únicamente ordinarias." (CASTRO, Hamilton 2009: 66). El medio de prueba puede transgredir distintas normas que pueden tener distinto nivel de protección, pero en este trabajo nos centramos en las que violan derechos humanos o bienes constitucionales. La prueba ilícita o prohibida implica un daño que no se puede retraer o eliminar. Una confesión mediante tortura, ingresar a propiedad ajena, etc. genera un daño que ya ha ocurrido y no se puede otorgar un plazo para resarcir o arreglar la afectación. No ocurre lo mismo con la prueba irregular y se debe diferenciar ambos conceptos. La prueba irregular es aquella que ha sido obtenida o incorporada con vulneración de normas ordinarias o infraconstitucionales. (CASTRO, Hamilton 2009: 71). Es una prueba que ha vulnerado ciertas normas, pero cuyo daño no es grave y el juez otorga un plazo para la subsanación de la falta; no obstante, vencido el plazo y no se ha realizado la subsanación, el juez puede cambiar el estado de la prueba irregular a ilícita o prohibida.

De esta forma, los correos que se presentaron como medios de prueba son declarados, correctamente, como prueba ilícita por la forma en cómo el señor Bernardino los obtuvo. Según los hechos del caso, el tribunal señala que el señor obtuvo los correos electrónicos incriminatorios vulnerando la privacidad de sus trabajadores al ingresar a sus cuentas de correo electrónico sin haber respetado las mínimas condiciones de compatibilidad con las exigencias de protección de los derechos a la privacidad - artículo 8 CEDH- e intimidad - artículo 18.1 CE - de los empleados afectados. Además, el tribunal determinó que el acceso a los correos electrónicos fue exhaustivo por la cantidad de correos presentados, pero también, basándose en el caso Bărbulescu, este accionar de ingresar a los correos no vino precedido de ninguna advertencia, no estuvieron presentes las personas afectadas, no se identificó previamente una finalidad precisa vinculada a la propia actividad empresarial desarrollada, no se adoptó ninguna fórmula de atemperación de la extensión subjetiva del acceso y los contenidos documentados fueron utilizados para fundar la acción penal no solo contra el otro socio sino también contra los propios empleados usuarios de las cuentas de correo.

Ahora, la prueba prohibida en sí misma implica una limitación tanto de los datos que pueden ser susceptibles de investigación, como de los medios que pueden ser utilizados a los fines de obtener la convicción judicial requerida para la formación de la sentencia (ASENCIO, José María 2008: 105). Como se mencionó anteriormente, la búsqueda de la verdad no puede primar por sobre los derechos humanos o bienes constitucionales porque no es un valor absoluto y debe coexistir sin imponerse; además, la prueba prohibida no serviría para esclarecer los hechos controvertidos de un proceso porque no se podría confiar en la información que esta brindaría al juez. En el caso de la tortura no se podría confiar en la declaración de la persona torturada porque está puede decir cualquier cosa con el objetivo de que el sufrimiento se detenga. Lo mismo ocurre con el ingresar sin autorización judicial a propiedad privada porque si se descubre algún objeto incriminatorio sin presencia policial o de un fiscal, nada garantiza que ese objeto haya sido implantado por quien lo descubrió.

En Iberoamérica se considera ilícita la prueba que contradice normas o principios esenciales de forma expresa o tácita (PRIORI, Giovanni F. 2018: 164). Los derechos humanos, principios o valores constitucionales no están limitados por el reconocimiento oficial del legislador. En Perú, por ejemplo, los derechos humanos están enlistados en la Constitución, pero no es una lista cerrada; el mismo derecho a la prueba no está expresamente plasmado en la constitución porque está contenido en el derecho al debido proceso y dentro del derecho a la prueba está el derecho a la libertad probatoria. Es por ello por lo que la prueba ilícita o prohibida puede vulnerar normas o principios que no están explícitos en las normas.

Se puede concluir entonces que lo que determina la ilicitud o prohibición de un medio de prueba, independiente del término que se utilice, es la vulneración de los derechos humanos al momento de su obtención. Este medio de prueba vulnera no solo derechos, sino también valores sociales y bienes constitucionales, y no sirve para esclarecer los hechos controvertidos de un proceso. Sin embargo, mediante la teoría del “árbol envenenado”, los efectos de declarar que un medio de prueba es ilícito o prohibido pueden afectar a pruebas lícitas. Esta teoría sostiene que se deben excluir tanto las pruebas obtenidas ilícitamente, como las que se derivan de ellas (CASTILLO, Luciano 2014: 53). Un medio de prueba se puede declarar ilícito o prohibido y no puede ser utilizado en el proceso, pero si este medio de prueba es el origen o de este se derivan otros medios de prueba que sí fueron obtenidos lícitamente, estos últimos también son excluidos. Un ejemplo de esto es la confesión de un asesinato mediante tortura a un sospechoso la cual como medio de prueba se debe excluir del proceso porque viola derechos humanos; pero si de la confesión se logra obtener el arma homicida y el cuerpo de la víctima en un cateo con orden judicial al domicilio del sospechoso, estos medios de prueba derivados también se deben excluir.

Para la inutilización de la prueba derivada, tiene que acreditarse que efectivamente existe una relación de causalidad entre la prueba ilícita directa y la prueba derivada. (CASTILLO, Luciano 2014: 53-54). Debe existir una relación

directa entre ambas pruebas que demuestre que el descubrimiento, obtención o hallazgo de una prueba lícita depende de una prueba ilícita o prohibida. Si no se demuestra esta relación, no se trataría de un caso de árbol envenenado, sino de dos medios de prueba independientes cuya ilicitud de uno no afecta al otro. La prueba derivada o refleja es aquella en sí misma lícita, pero que tiene su origen mediato en otra que ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales (CASTILLO, Luciano 2014: 54). No se trata de negar la licitud de una prueba, sino de sancionar violaciones a los derechos humanos que posiblemente en su momento no fueron descubiertas.

### **¿La admisión de una prueba ilícita o prohibida vicia todo el proceso?**

Los ordenamientos jurídicos contemplan unos requisitos generales de admisión que aluden a la pertinencia, la utilidad y legalidad. (LLUCH, Xavier Abel 2018: 213). Como se mencionó, los medios de prueba no son admitidos en un proceso inmediatamente. Estos deben ser sometidos a una evaluación previa en donde se verifica que se cumplen con los requisitos preestablecidos en la norma.

En lo que se refiere al tratamiento procesal de la prueba ilícita, elementales exigencias constitucionales derivadas del derecho fundamental al debido proceso determinan que las fuentes de prueba así obtenidas se excluyan inmediatamente del proceso en aras a que no surtan ningún efecto (CAMPANER, Jaime 2018: 36). Es con base al debido proceso que una prueba ilícita debe ser expulsada inmediatamente para que no influya en el análisis del juez o tribunal. Estas exigencias son el derecho a la defensa, a la decisión debidamente motivada, etc. Lo que se busca es garantizar un trato justo para todas las partes involucradas en el proceso.

El debido proceso es un derecho fundamental de toda persona -peruana o extranjera, natural o jurídica- y no solo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional (LANDA, César 2002: 448). Es un derecho que, si bien tiene gran relevancia en un proceso judicial, este no solo se aplica en un proceso judicial, sino que es permanente en el ser humano. Como señala César Landa: “el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y, es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia.” (LANDA, César 2002: 448). Este derecho es exigible ante otros seres humanos, ante el Estado y sus instituciones, y brinda seguridad y predictibilidad a las partes involucradas en el proceso. Esto genera confianza en el proceso y en las instituciones públicas del Estado siendo este el que posee el imperio de la fuerza. De lo contrario las personas resolverían sus problemas de manera primitiva recurriendo a la violencia y esto no es lo ideal para una convivencia en sociedad.

No obstante, es posible que una prueba sea admitida en el proceso con base a la información que se tiene en su momento de admisión, pero durante el desarrollo de las etapas del proceso se adquiere más información y se descubre que dicha prueba fue obtenida mediante violación de derechos humanos. Ya ha pasado como es el caso del expediente SAP M 16757/2019 de la Audiencia

Provincial de Madrid que es previa a la sentencia STS 132/2022 que se está analizando; en este primer expediente el tribunal acepta que admitió preliminarmente como prueba los correos electrónicos de trabajadores del Grupo Gestur con la información que se tenía en ese momento, pero conforme se realizaron mayores investigaciones y los trabajadores daban sus descargos, se decidió eliminar dicha prueba del proceso y no tenerla en consideración al momento de realizar un veredicto. Esto fue así porque se corroboró que la forma en cómo se obtuvieron estos correos vulneró el derecho a la intimidad de los trabajadores. Por un análisis ponderado prevaleció el derecho a la intimidad por sobre la libertad del empleador a realizar un control sobre sus empleados porque las medidas que se utilizaron se consideraron excesivas y muy intrusivas.

Posterior a ello, la parte acusadora alega que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por la indebida declaración de ilicitud constitucional de un medio de prueba documental declarado previamente pertinente. Esto es correcto porque de los hechos del caso y del proceso se puede inferir que los correos electrónicos sí eran pertinentes porque brindaban información que demostraría la culpabilidad de los acusados. No obstante, si bien se cumple con el requisito de pertinencia en el proceso, por la forma en cómo se obtuvieron estos correos no se cumple con el requisito de legalidad al haberse conseguido mediante la vulneración al derecho a la privacidad de sus trabajadores. El señor Bernardino consiguió los correos electrónicos sin realizar actos previos como avisar a los trabajadores, establecer un objetivo concreto, etc. por lo que su accionar de fiscalización fue desmedido y el nivel de intromisión en la esfera privada de sus trabajadores fue excesivo. Además, se debe señalar que, por la manera en cómo los correos electrónicos fueron conseguidos por el señor Bernardino, no son una prueba viable para el proceso por no generar confianza en la información que esta puede aportar al tribunal. Nada garantiza la fiabilidad de los correos electrónicos porque el señor Bernardino tenía acceso libre a las cuentas de correos electrónicos de sus trabajadores y realizó la búsqueda de pruebas sin supervisión por lo que estos correos pudieron ser creados por los trabajadores o por el señor Bernardino para incriminar a los dueños de las cuentas de correo. De esta forma se genera la duda de si estos correos fueron encontrados por el señor Bernardino o este los creó maliciosamente.

La expulsión de la prueba responde a la necesidad de garantizar el derecho del debido proceso y lo ideal es que dicha expulsión sea lo más pronto posible para evitar que el razonamiento del juez se contamine con esta prueba. Una decisión judicial correcta no puede fundarse en pruebas reputadas ilícitas, que no pueden ser valoradas por el juzgador (LLUCH, Xavier Abel 2018: 216). Si el juez o el tribunal emite un fallo que tiene en consideración una prueba ilícita o prohibida, la decisión sería errónea o viciada. No se podría alcanzar el objetivo de obtener una sentencia justa, razonada y debidamente motiva por ese error o vicio insubsanable. Es por ello que la expulsión de los correos electrónicos del proceso era la única opción viable para garantizar el debido proceso de todos.

Ahora el problema está en que el juez es un ser humano y por lo tanto no puede borrar de su mente la información que puede brindar una prueba ilícita y más

cuando su ilicitud se declara en etapas tardías del proceso. Es difícil eliminar la eventual incidencia que el elemento probatorio ilícitamente obtenido haya producido en la mente del juzgador (LLUCH, Xavier Abel 2018: 216). El juez no es una computadora donde se puede formatear el disco duro para eliminar toda la información que no debe considerar en su decisión. Una solución es la recusación del juez que ha tenido contacto con la prueba para evitar que no tenga efecto alguno en la resolución, que aun cuando idealmente puede parecer correcta, en la práctica puede favorecer un uso torticero del incidente de recusación para dilatar el proceso. (LLUCH, Xavier Abel 2018: 217). Lo ideal sería cambiar de juez y que el nuevo no tenga ningún contacto con la prueba prohibida para que su razonamiento no se contamine con información que no es válida. El problema está en que se puede abusar de la recusación y alargar el proceso artificialmente porque una o ambas partes pueden presentar maliciosamente pruebas ilícitas sabiendo que pueden solicitar el cambio de juez. Se garantiza de esta forma que la decisión del juez no se base en información de pruebas ilícitas, pero se abre la posibilidad a que los procesos duren más de lo necesario.

Otra solución consiste en negar toda eficacia a las pruebas ilícitas sin necesidad de recusar al juzgador y controlar la influencia de la prueba ilícita a través de la necesidad de que el juez motive sus decisiones (LLUCH, Xavier Abel 2018: 217). Esta es una solución que se aplicó en el expediente SAP M 16757/2019 donde se expulsó del proceso la prueba ilícita y la decisión final fue tomada teniendo en cuenta solo las pruebas lícitas. Es inevitable que exista la amenaza de que la prueba prohibida puede tener cierta influencia, pero existen medidas que las partes del proceso pueden exigir como que el juez argumente una debida motivación de su decisión sin dar alusión a la prueba prohibida.

En conclusión, si el resultado final del proceso es una sentencia, el que se admita una prueba ilícita que tiene un vicio insubsanable, que es la falta de legalidad por violar derechos humanos, además de no ser fiable la información que pueda transmitir al proceso, sí vicia todo el proceso. Esto ocurre porque el juez valora la prueba individualmente y también en conjunto con todas las demás pruebas para así poder llegar a un estado de convencimiento que le permita tomar una decisión. La solución más efectiva y que no afecta desmedidamente a las partes o al correcto desarrollo del proceso, es expulsar al medio probatorio ilícito y controlar la motivación de la decisión del juez para detectar si la prueba prohibida está influyendo en su razonamiento. De esta forma, si bien se cumple con la pertinencia de la prueba, no se cumple con los requisitos de legalidad y utilidad porque los correos electrónicos por la forma en cómo estos fueron obtenidos no sirven para generar convicción en el juez. Así, la expulsión de este medio de prueba fue correcto y no se vulneró injustificadamente el derecho a la tutela judicial efectiva de los acusadores.

**¿Cuáles son las exigencias que se deben cumplir para aplicar la exclusión probatoria?**

La regla de exclusión formulada explícitamente en términos de exclusión de prueba obtenida en violación de garantías constitucionalmente protegidas fue inicialmente adoptada por la Corte Suprema federal estadounidense en el caso *Weeks v. United States* en 1914 (Guariglia, Fabricio 2005: 13). La Corte Suprema decidió que, ante la falta de una orden judicial, el registro realizado era ilegal y que la documentación encontrada no podía ser parte del proceso por ir en contra de la cuarta enmienda. Este fue el punto de inicio y el razonamiento empleado se extendió. La legislación iberoamericana que ha regulado la prueba ilícita establece la exclusión de los medios de prueba que han sido obtenidos con violación de derechos fundamentales como es en Argentina, Colombia, Brasil, Chile y Ecuador (PRIORI, Giovanni F. 2018: 171). Actualmente, la exclusión probatoria no es solo parte del derecho estadounidense, sino que se viene utilizando y desarrollando en distintos marcos jurídicos. Esto incluye a España donde se utilizó la exclusión probatoria en la resolución SAP M 16757/2019 para expulsar del proceso los correos que el señor Bernardino había conseguido como prueba.

La prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales sea de manera directa o indirecta genera una consecuencia en el ámbito jurídico, cual es la prohibición de tenerla en cuenta o valorarla en el marco del proceso (CASTRO, Hamilton 2009: 98). Los efectos de la ilicitud de la prueba, como se vio con la teoría del árbol prohibido, no solo abarcan a las pruebas que violan derechos humanos, sino también a todas las pruebas que se desprenden de esta, aunque su obtención haya cumplido con todos los requisitos de la ley. La exclusión de la prueba ilícita es directa consecuencia de la preeminencia de los derechos fundamentales dentro del marco constitucional y del ordenamiento jurídico en general (CASTRO, Hamilton 2009: 105). La exclusión es una forma de proteger los derechos humanos que pueden ser vulnerados injustificadamente mediante la obtención de pruebas en el ámbito de un proceso judicial. Esto no significa que el derecho a la prueba se suspende o se elimina, la parte de un proceso que presentó alguna prueba ilícita sigue teniendo el derecho a presentar pruebas; lo que ocurre es que se hace un control para evitar el abuso del derecho.

Una prueba ilícitamente obtenida no debe ser rechazada porque así se lograría disuadir a los agentes de la persecución penal de seguir procediendo de dicho modo ilegal, sino porque la vulneración de derechos fundamentales es intolerable en un Estado de derecho (CASTRO, Hamilton 2009: 105). Aunque el efecto de la exclusión probatoria puede hacer que las partes y cualquier persona que siga el proceso pueda entender que brindar pruebas ilícitas no surtirán efecto, este no es el objetivo principal. El efecto disuasorio puede ser considerado beneficioso y hasta deseable, pero el objetivo final de la exclusión probatoria es proteger a los derechos humanos. No obstante, como se ha mencionado en este trabajo, los derechos humanos no son absolutos y lo mismo ocurre con la exclusión probatoria. Existen excepciones que se han aplicado en el derecho comparado y desarrollado en la doctrina.

Una excepción es **la fuente independiente** que consiste en que la evidencia, el elemento de prueba, deriva de una fuente independiente respecto de la prueba

primigenia obtenida mediante lesión de derechos fundamentales (CASTRO, Hamilton 2009: 108). En esta excepción se plantea la existencia de al menos dos formas de conseguir la misma información en donde una forma implica vulnerar derechos humanos y la otra no. Como lo señala Luciano Castillo: “La fuente independiente se fundamenta en la existencia de dos o más caminos de investigación y resulta que se considera fuente independiente aquella que no ha seguido el camino de la fuente considerada ilícita” (CASTILLO, Luciano 2014: 56). Deben existir varias formas para conseguir una prueba en donde al menos una es ilícita y otra no para poder aplicar la excepción de fuente independiente. Un ejemplo de esta excepción es la confesión mediante tortura de un sospechoso sobre la ubicación de una persona secuestrada, esta evidencia es excluida del proceso por la invalidez de la declaración. Aunque, paralelamente un trabajador de limpieza pública declara haber visto al sospechoso apuntar con un arma a la persona desaparecida y obligarla a ingresar a un domicilio. Ambas declaraciones poseen la información principal que es la ubicación de la persona secuestrada, pero se diferencian en la manera en que fueron obtenidas. En el caso de los correos electrónicos, estos sirven como medio de prueba que introduce en el proceso las conversaciones que tuvieron los acusados y así demostrar su culpabilidad; no obstante, estos correos serían el único medio de prueba presentados en el proceso con este fin y no existiría otro medio de prueba que cuya obtención sí fuese lícita. Por lo tanto, esta excepción no se aplicaría en el caso.

**La buena fe** es una excepción que tiene origen en un caso de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso U.S. VS. León de 1984 (CASTRO, Hamilton 2009: 113). En este caso un detective escribió una declaración jurada y un juez emitió una orden de allanamiento. La policía realizó el registro confiando en la legalidad de este por contar con la orden de allanamiento. Sin embargo, posteriormente se determinó que la orden de registro no era válida porque la policía carecía de la causa probable para que se emitiera una orden en primer lugar. No obstante, la prueba que se obtuvo durante el registro se mantuvo en el proceso, porque la policía actuó de buena fe creyendo que la orden de allanamiento era correcta.

Presupone la existencia de un error con lo que necesariamente afirma la ausencia de dolo o intención (mala fe), y se sitúa en el terreno de la imprudencia (CASTILLO, Luciano 2014: 60). La base de esta excepción es confirmar mediante pruebas físicas, como una orden de cateo o allanamiento, la creencia de la policía en que su actuación era conforme a ley y todas las pruebas que se obtuvieron deben ser aceptadas en el proceso. En concreto, la actuación no fue conforme a ley porque el permiso o la autorización no cumplía con los requisitos, pero la policía en el momento no lo sabía. El fundamento que se ha dado para admitir esta excepción es que no tiene ningún sentido intentar disuadir a quien de buena fe y razonablemente ha confiado en que obraba conforme a derecho (CASTILLO, Luciano 2014: 61). Si se aplicara la exclusión a las pruebas que la policía obtiene de buena fe, se podría entorpecer la labor policial de investigación porque esta buscaría confirmar varias veces que su accionar tiene la debida justificación legal. Esto podría implicar retrasos en operativos, inseguridad al momento de actuar o de obtener pruebas de la escena. Pero, al igual que las

otras exclusiones, presenta problemas sobre aplicación desmedida. En el caso de los correos electrónicos, esta excepción no se puede aplicar porque la policía no intervino cuando el señor Bernardino ingresaba a las cuentas de correo electrónico de sus trabajadores.

La teoría del **descubrimiento inevitable** permite a los jueces admitir y valorar un dato probatorio que ha sido obtenido ilícitamente a través de una hipótesis sobre la probabilidad de que ese mismo dato de todos modos sería obtenido a través de una actividad regular y lícita (CASTRO, Hamilton 2009: 110). Es una excepción que se basa en que se ha obtenido una prueba de manera lícita que se deriva de una prueba ilícita, pero no se aplica la teoría del árbol envenenado porque existe una alta probabilidad de que la prueba lícita se hubiese obtenido de igual forma sin tener como origen a la prueba ilícita. El origen de dicha excepción se sitúa en el caso *Nix v. Williams* de Estados Unidos en 1984, en un interrogatorio ilegal el imputado confesó ser el culpable de homicidio y llevó a la policía al lugar donde enterró a la víctima. Se excluyó la confesión del imputado, pero no se excluyó el cuerpo de la víctima porque habría sido descubierto en cualquier caso durante la búsqueda por más de doscientos voluntarios según un plan que incluía la zona donde se localizó el cadáver. (CASTILLO, Luciano 2014: 58). Esta excepción podría aplicarse al caso porque se puede alegar que los correos electrónicos que fueron presentados durante el proceso hubieran podido ser encontrados por una investigación policial y, al final, serían presentados de igual manera en el proceso. Aunque en un caso similar podría ser factible aplicar esta excepción, en este caso en concreto, por el accionar del señor Bernardino, no sería posible mantener los correos electrónicos en el proceso aplicando esta excepción. Esto es así debido a que nada garantiza que la policía, a través de una investigación, hubiera encontrado los correos en el sistema porque existe la posibilidad de que el señor Bernardino altere o elimine la evidencia según le convenga.

En conclusión, para aplicar la exclusión probatoria se debe determinar si la prueba presentada por alguna de las partes es ilegal o prohibida debido a que en su obtención se vulneraron derechos humanos. También, se debe analizar si en el caso en concreto se aplica alguna de las excepciones a la exclusión probatoria. En el caso de los correos electrónicos se aplica la exclusión probatoria porque se ha demostrado que el señor Bernardino vulneró el derecho a la privacidad de sus trabajadores al momento de conseguir los correos electrónicos y porque no es posible aplicar alguna de las excepciones de la exclusión probatoria.

## **Segundo problema principal**

### **¿Qué es el compliance?**

Según Adán Nieto: “El término cumplimiento normativo (compliance) es uno de los más vagos e inexpresivos que se haya acuñado jamás. Por sí solo no dice apenas nada, salvo lo evidente: actuar conforme a la legalidad, entendiendo legalidad en un sentido amplio...” (Nieto 2015: 25). Si solo nos centramos en el término, el compliance es simple de entender. Se trata de cumplir con las normas

establecidas ya sea por ley o costumbre. Estaríamos ante una nueva forma de llamar a una conducta socialmente deseable que es cumplir con las reglas. Sin embargo, lo relevante no es el término, que es simple de entender si nos basamos en la traducción, sino lo que implica que sería el cumplimiento normativo como objetivo y los medios que emplea para lograr de la mejor manera posible dicho objetivo. No es sencillo lograr el cumplimiento normativo o que todos sigan las reglas ya sea por falta de cultura, conocimiento, libertad, etc. y más en una empresa donde siempre existe la presión por generar la mayor cantidad de ganancias posible.

Para Marco Antonio Olivas: “El compliance es un mecanismo interno de supervisión de las empresas y esta finalidad esencial se bifurca, a su vez, en dos objetivos diferenciales. Por un lado, se procura evitar las infracciones (función de prevención); por otro lado, si las infracciones también ocurren, la actitud de cumplimiento de la empresa se traduce en la implementación de mecanismos y procedimientos para la detección oportuna, gestión de sus consecuencias y finalmente comunicación con las autoridades correspondientes (función de validación de derecho)”. (OLIVAS, Marco Antonio 2025: 848). Acercándonos al compliance en el ámbito empresarial, este sería una forma de control que la empresa se autoimpone para poder vigilar sus labores internas y responder de la mejor manera ante crímenes que se puedan cometer dentro de la empresa. Ante esta situación existe la pregunta válida ¿Por qué no el Estado no es el encargado de regular a la empresa? Ivó Coca-Vila desarrolla una respuesta: “El progresivo y constante aumento de la complejidad social, de los niveles de tecnificación y desarrollo tecnológico, sumando al avasallador proceso de globalización habrían despojado al Estado de la capacidad de regular de forma adecuada las estructuras empresariales” (COCA-VILA, Ivó 2013: 45.46). El Estado reconoce que no cuenta con las herramientas necesarias para regular a la empresa en sus labores económicas de manera precisa. Esto no significa que el Estado abandona completamente su labor de regulatoria y fiscalizadora, sino que este sigue cumpliendo con sus tareas desde una perspectiva más general. Establece parámetros en los que la empresa se autorregula; estaríamos ante una autorregulación guiada o dirigida.

Como se mencionó, la empresa tiene como objetivo original generar ingresos y ser redituable; no obstante, esto puede provocar la promoción de delitos como fraudes, violación de derechos humanos, etc. con el objetivo de aumentar ingresos o aparentar solvencia. Estos crímenes los puede cometer la misma empresa o sus empleados y si bien puede cumplir con su objetivo de aumentar los ingresos o crear una imagen de crecimiento, cuando se descubren estos crímenes el daño a la empresa es enorme de forma económica y reputacional. En ocasiones estos crímenes se realizan por la propia cultura de la empresa o la falta de mecanismos de supervisión que generan un terreno fértil para la vulneración de las normas. Por lo tanto, la implementación del compliance, cuyo

objetivo es el cumplimiento normativo, es lo más deseable para el Estado y la sociedad porque, si bien no garantiza el respeto a todas las normas, disminuye la probabilidad de la comisión de crímenes y el daño que estos pueden causar. Para las empresas, el implementar el compliance puede ser una herramienta para mejorar sus prácticas internas, reducir la posibilidad de la comisión de algún delito y mitigar los daños en caso suceda. Para ello, se implementa una herramienta de gestión que son los programas de cumplimiento que compensan los factores que dificultan el cumplimiento de la legalidad dentro de una corporación y realizan esta tarea a través de la prevención de los comportamientos infractores y cuando estos tienen lugar, su detección y sanción (Nieto 2015: 26). Estos programas buscan conocer las debilidades de la empresa y las posibles fallas que puedan existir en sus procesos internos.

En virtud de lo anterior señalado, se puede afirmar que en el grupo Gestur no existía o no tenía implementado, al momento de los hechos del caso, un programa de cumplimiento sobre las comunicaciones internas de cara al compliance. Las prácticas recurrentes realizadas tanto por los trabajadores como por los altos mandos demuestran que no se habían realizado un análisis de riesgos sobre los medios que disponían para comunicarse como lo son las cuentas de correo electrónico institucionales. El hecho de que las claves de correo estén en posesión de más de una persona anula todo nivel de protección que estas pueden brindar, los trabajadores usaban las cuentas de correos institucionales para temas ajenos a sus labores, la delegación de tareas era confusa y no existía un protocolo establecido para realizar investigaciones internas a los trabajadores; todo esto evidencia una organización empresarial deficiente.

Para Osvaldo Artaza: “El programa de cumplimiento consiste en el conjunto sistemático de esfuerzos realizados por los integrantes de la empresa tendientes a asegurar que las actividades llevadas a cabo por esta no vulneren la legislación aplicable (ARTAZA, Osvaldo 2014: 237). Para realizar un programa de cumplimiento de la mejor manera se necesita de la colaboración de todos los sectores de la empresa para reducir los fallos lo mejor posible. Es de vital importancia la voluntad real de cumplir porque de lo contrario, se estaría ante un programa de cumplimiento fachada. Un programa de cumplimiento fachada que solo serviría para proyectar una imagen de cumplimiento ante el Estado y el usuario, pero que en la realidad no tiene un efecto real en la forma en cómo se realizan las actividades de la empresa. Para Ivó Coca Vila: “...tanto trabajadores como directivos deben interiorizar la necesidad de que todo lo que sucede en la empresa, de puertas para afuera y de puertas para adentro, sea respetuoso para con el Ordenamiento jurídico.” (COCA-VILA, Ivó 2013: 56). Se trata de establecer una cultura de cumplimiento en todos los ámbitos de la empresa para que todos los miembros interioricen la importancia de actuar siempre conforme a Derecho. Existen muchas formas de concientizar a los miembros de la empresa, pero la

más simple es enseñar con el ejemplo. Es muy importante la voluntad de cumplir y más que esta voluntad sea de los altos mandos de la empresa, se trata de “The tone at the top”.

Se debe tener en cuenta que la cultura se aprende, lo mismo ocurre con la cultura corporativa que también es aprendida con la interacción entre pares. El tono que demuestran los líderes determina la manera en que la empresa toma decisiones y resuelve sus problemas (OLIVAS, Marco Antonio 2025: 854). La manera en cómo un trabajador realiza sus labores puede cambiar al ingresar a una nueva empresa y este se va a adaptar a su nuevo entorno; en cambio, si se cambia un alto mando o a algún superior de cualquier área, comúnmente es el área o los subordinados quienes se van a adaptar al nuevo superior y no al revés. “La alta dirección es donde se establecen los valores fundamentales y donde el comportamiento refleja esos valores (...). Se debe demostrar que el liderazgo de una organización está supervisando y evaluando la cultura de riesgo y realizando cambios cuando sea necesario, de manera oportuna” (WAGNER Daniel, Dante DISPARTE 2016 104-105). En una empresa es importante que se establezcan los parámetros y valores que la representan en su forma de realizar sus actividades económicas; no obstante, es más importante que los altos mandos de la empresa o quienes toman las decisiones importantes tengan los mismos valores que rigen a la empresa. A esto se refiere el término “The tone at the top”, la forma en cómo actúan los jefes o la manera en cómo realizan sus actividades inevitablemente influyen en los trabajadores que están bajo su cargo. Si un alto directivo rechaza un soborno y lo denuncia, es muy probable que sus subordinados sigan su ejemplo y que se establezca el espacio en donde están trabajando es un lugar donde no se toleran estos actos indebidos. Es por ello por lo que la voluntad de cumplir de los altos mandos es muy importante al momento de aplicar el compliance; si lo que se quiere es que el cumplimiento normativo se aplique en toda la empresa, los jefes deben dar el ejemplo y tener un rol activo en él ya sea en su desarrollo o implementación.

En el caso en concreto se puede afirmar que no existía una cultura de cumplimiento por parte de los altos mandos y esto, por los hechos del caso, habría influenciado en los trabajadores. No era común establecer límites o parámetros claros en el trabajo. El señor Bernardino cumplía labores de representación y, por razones que no se detallan, tenía acceso libre a las cuentas de correo de sus trabajadores. El primer límite que no se establece es sobre la delegación de tareas. Al señor Bernardino se le delega la tarea de representación y posteriormente se le retira esta tarea y los permisos, pero no las credenciales que vienen a ser las contraseñas de los correos; no obstante, para justificar que el señor Bernardino podía seguir accediendo a los correos, se señaló por parte de los socios de la empresa que son los acusadores de este caso que, al no retirarle las credenciales, las contraseñas, se entendía como una delegación tácita de la tarea de presentación. Esto no tiene sentido porque ya se había

externalizado el deseo de que el señor Bernardino ya no continúe ejerciendo esas labores. El dejar que conserve las credenciales o no cambiar las contraseñas, aparentemente, responde más a una falta de protocolos sobre la posesión de credenciales y no de una supuesta delegación tácita. El señor Bernardino no estaría cumpliendo con dejar de ejercer las labores de representación y los demás socios de la empresa tampoco estarían cumpliendo con sus propias asignaciones de labores porque ellos mismos excusan la falta del señor. Además, esta falta de límites también se refleja en el accionar de los trabajadores porque de declaraciones de algunos de los trabajadores se entiende que era una práctica recurrente usar los correos institucionales para necesidades ajenas al trabajo como generar citas médicas. Este mal uso de recursos de la empresa es difícil de combatir si el establecer límites no se practica en los niveles más altos de la jerarquía de la empresa.

Ahora, como se mencionó, un elemento importante del compliance es la voluntad de cumplir de los altos mandos, pero otro elemento igual de importante es la información que se puede recabar de la empresa para desarrollar un programa de cumplimiento adecuado. La base de todo programa de cumplimiento es la información que se reúne de la empresa y para ello se realiza un análisis de riesgos. El análisis de riesgos, que es una herramienta fundamental para confeccionar un programa de cumplimiento normativo eficaz, sirve precisamente para indicar a la empresa cuáles son las obligaciones legales más importantes a las que está sujeta y dónde se sitúan sus puntos débiles (Nieto 2015: 26). Para resolver un problema es importante primero encontrar el problema y reconocer su existencia para así poder actuar y tomar las mejores decisiones. Además, con esta información se puede asignar prioridades a todos los problemas para que los esfuerzos iniciales se centren en los problemas más relevantes o graves. Este proceso de gestión de riesgos debe llevarse a cabo de forma continuada, pues la empresa debe poder conocer lo antes posible de la existencia de nuevos riesgos o la intensificación de los ya existentes para poder responder convenientemente (COCA-VILA, Ivó 2013: 57). La evaluación de riesgos debe ser constante porque siempre pueden aparecer nuevos riesgos o los ya existentes pueden agravarse o evolucionar. Lo importante es siempre contar con la mayor información posible para actuar de la mejor manera ante posibles adversidades.

De los hechos del caso se puede evidenciar que no se había realizado un análisis de riesgos en el grupo Gestur por las mismas acciones del señor Bernardino. La parte acusadora señala que el señor Bernardino, como cotitular de la empresa, ejerció un legítimo derecho de control y acceso a la información al momento de ingresar a las cuentas de correos electrónicos de sus trabajadores; no obstante, por la manera en cómo se realizó esta fiscalización se entiende que no había un protocolo establecido para realizar investigaciones internas. Además, no está claro si era el señor Bernardino el encargado de realizar estas investigaciones

porque el uso de la delegación de tareas no estaba correctamente aplicado en el grupo Gestur. Si se hubiera realizado un análisis de riesgo adecuado e implementado medidas eficaces, el señor Bernardino no hubiera ingresado a los correos electrónicos después de haber sido retirado su delegación de representante y los socios no defenderían esta intromisión alegando una designación tácita porque el señor estaría cometiendo el delito penal de acceso ilegítimo. Según art, 197 bis del Código Penal español, el que, por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses o dos años (ELÍAS, Ricardo 2025: 295). De esta forma el señor Bernardino accedió sin autorización a los correos electrónicos por lo que estamos ante la comisión del delito de acceso ilegítimo en el derecho español.

Además, con un adecuado análisis de riesgos, estaría implementado un protocolo eficaz que controle el uso y asignación de credenciales. El no contar con un protocolo que cambie las contraseñas inmediatamente después de que a un trabajador se le despida, renuncie o se le cambie de área genera ventanas de oportunidad para ataques de insiders. Según Ricardo Elías: “Consiste en ataques dirigidos por personas que tienen o tuvieron acceso legítimo a los sistemas informáticos de la organización y que emplean sus privilegios para poner en riesgo la seguridad informática. Generalmente son empleados, exempleados o proveedores” (ELÍAS, Ricardo 2025: 69-70). Un extrabajador molesto por ser despedido y que aún puede acceder a los sistemas de la empresa puede conseguir información delicada y venderla a competidores. El mal manejo que tenía el grupo Gestur sobre las contraseñas facilitaba el ciberespionaje o distribución de material ilícito.

Por otro lado, es importante el control de las contraseñas porque el delimitar su uso permite asignar responsabilidades por la comisión de faltas o delitos. En el mundo real la identidad nos acompaña siempre, pero en el mundo virtual uno es lo que dice ser porque la identidad se convierte en unos y ceros. Esta sustitución de la identidad hace posible la suplantación en caso de que alguien consiga una copia de esos unos y ceros (POVEDA, Mariano 2011: 77). En el caso de los correos electrónicos, uno confía en la identidad de la persona al ver su usuario e inferir que para acceder a ese usuario se necesita conocer una clave secreta, pero en el grupo Gestur esta seguridad no existía porque más de una persona conocía las contraseñas de varios trabajadores y la suplantación era posible.

Luego de esta aproximación al compliance, es relevante analizar las consecuencias que puede tener la empresa por no integrar a su organización programas de cumplimiento. Las regulaciones penales que han introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas han tratado de motivar la adopción de políticas empresariales de buen gobierno corporativo reconociendo

efectos eximentes y atenuantes a la adopción de programas de cumplimiento eficaces (REYNA, Luis Miguel 2018: 40). La aplicación del derecho penal ya no es exclusiva para las personas naturales, sino que también aplican para las personas jurídicas; además, se establecen eximentes de responsabilidad penal de la persona jurídica. En España existe el artículo 31 bis del Código Penal que reconoce como eximente la adopción y ejecución de un modelo de organización y gestión idóneo para la prevención de delitos. Según Luis Miguel Reyna sobre el caso español: “Los programas de cumplimiento resultan, siempre que no se traten de programas de cumplimiento estéticos, el escudo protector de las personas jurídicas en la medida que aquellos resulten eficaces para el propósito de prevención de delitos” (REYNA, Luis Miguel 2018: 42). Por lo tanto, en España, una empresa se puede eximir de la responsabilidad penal si tiene implementado un programa de cumplimiento que sea eficaz en la realidad y no solo sirva como imagen.

Esto puede resultar problemático si se trata de determinar qué es eficaz o cuál es el nivel de eficacia exigible. Para ello, el legislador español ha establecido ciertos requisitos o elementos en el inciso 5° del artículo 31° bis del CP sobre el programa de cumplimiento eficaz. Estos son algunos como la identificación de actividades riesgosas, establecer obligaciones de informar la existencia de posibles riesgos, etc. En el caso peruano existe la Ley N°30424 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional y el Decreto Legislativo N°1352 que integra a la primera ley. Estas reconocen como eximente de la responsabilidad jurídica la implementación de programas de cumplimiento. En virtud de lo señalado, se puede afirmar que en el grupo Gestur no existe la aplicación de un programa de cumplimiento eficaz. No se evidencia una identificación de actividades riesgosas por parte de la empresa, no se aprecia que se hubiese establecido la obligación entre los miembros de la empresa el informar la existencia de posibles riesgos; es más, los altos mandos eran los que realizaban actividades riesgosas.

Ahora solo faltaría determinar cómo se aplica la responsabilidad penal. Existen dos modelos que se puede seguir. Uno es el modelo de la responsabilidad por atribución del hecho de otro y el modelo de la responsabilidad por el hecho propio. En el primer modelo, la empresa es penalmente responsable por un representante o trabajador suyo que ha cometido un delito en beneficio de la entidad. En el segundo modelo, la empresa es penalmente responsable si está defectuosamente organizada y, por esta condición, no haya impedido o dificultado el delito cometido por el miembro individual. Según Percy García: “En el modelo de atribución del hecho de otro, el compliance no tiene ninguna relevancia al momento de imputar el delito a la empresa. Lo único que se requiere aquí es la realización del delito por el representante o trabajador de la empresa y la conexión de ese delito con la actividad empresarial” (GARCÍA, Percy 2018: 176). En este modelo la empresa es responsable porque el delito

está vinculado a sus actividades, pero no es un hecho propio de la empresa como tal, sino que es el trabajador o representante quien ha cometido el delito.

En el caso del segundo modelo para Percy García: “El hecho que acarrearía la responsabilidad penal de la empresa sería su defectuosa organización. (...) ese defecto de organización se expresaría en la falta de adopción de un sistema de cumplimiento normativo idóneo” (GARCÍA, Percy 2018: 177). En este modelo la empresa ha creado un espacio idóneo para la comisión del delito debido a su falta de cuidado y deficiente forma de organización. Esto ocurre por la falta de un sistema de cumplimiento idóneo; si la empresa tiene un sistema de cumplimiento, pero este no es eficaz y solo está para aparentar, en la práctica no tendría un verdadero sistema de cumplimiento orientado a reducir riesgos. Por lo tanto, si bien está claro que el señor Bernardino tiene responsabilidad penal por vulnerar el derecho a la privacidad de sus trabajadores al momento de ingresar a sus cuentas de correo electrónico; el grupo Gestur también tiene responsabilidad penal porque su organización institucional facilita la comisión de delitos y violaciones a los derechos humanos.

### **¿Qué controles y medidas debe implementar la empresa para evitar el acceso indebido de sus comunicaciones?**

-Asignación personal de usuarios y contraseñas: los usuarios y contraseñas de los trabajadores deben ser personales y no pueden ser compartidos en ninguna circunstancia. En el momento en el que se activa el usuario, el trabajador debe cambiar la contraseña inicial para asegurar que es la única persona que puede acceder.

-Capacitación sobre la importancia de las contraseñas seguras: la empresa debe capacitar a sus trabajadores para que estos interioricen que existen contraseñas y hábitos que dificultan el acceso no autorizado. Estos son cambiar la contraseña cada cierto tiempo, no usar la misma contraseña en más de una cuenta, complejizar la contraseña agregando más caracteres, etc.

-Capacitación sobre el uso de los correos electrónicos: la empresa debe capacitar a sus trabajadores y aclarar que los correos institucionales solo pueden ser usados para temas del trabajo y está prohibido su uso para propósitos personales.

-Diseñar e implementar un protocolo para el retiro de credenciales: cuando un trabajador ya no forma parte de la empresa o es cambiado de área, las claves de acceso o del correo institucional que le fue asignado deben ser cambiadas inmediatamente o bloquear el usuario. Se debe impedir el acceso a los sistemas de la empresa a personas que ya no cuentan con autorización

-Establecer o delegar de forma clara en una persona o área la tarea de realizar investigaciones internas: la empresa debe definir quién va a ser el encargo de

realizar las investigaciones internas ante la posible comisión de delitos en la empresa.

-Definir y publicar los protocolos de investigación sobre los correos electrónicos: la empresa debe desarrollar y publicitar para todos los miembros de la empresa el protocolo que se debe seguir para realizar una investigación que requiera el acceso a los correos electrónicos de los trabajadores. Esto implica notificar al trabajador investigado, establecer límites a la investigación, etc.

## **VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES**

El derecho a la prueba no es absoluto y la aplicación de la exclusión probatoria es una herramienta importante y eficaz para reivindicar los derechos humanos que fueron vulnerados cuando se obtuvo un medio de prueba ilícito o prohibido. No existen derechos absolutos y el buscar la verdad sobre hechos controvertidos en un proceso no autoriza a las partes a conseguir medios de prueba sin considerar los demás derechos humanos de las personas que son afectadas.

El compliance es una herramienta eficaz para que de las investigaciones internas de una empresa se pueda obtener medios de prueba que no vulneren derechos humanos y que pueden servir en un proceso para esclarecer la supuesta comisión de delitos. Pero para ello es importante que los altos mandos tengan la voluntad de realizar un programa de cumplimiento eficaz que sirva para detectar posibles fallos en la organización de la empresa que faciliten la comisión de delitos.

## BIBLIOGRAFÍA

ANGULO, Marco Antonio

2012 El derecho probatorio en el nuevo proceso penal peruano. Lima: Gaceta Jurídica

ARTAZA, Osvaldo

2014 Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal. En *Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid: Edisofer

ASENCIO, José María

2008 La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal: fundamentos dogmático, procesales y de derecho comparado para la aplicación de la prueba prohibida en el proceso penal acusatorio. Lima: INPECCP

Audiencia Provincial de Madrid

SAP M 16757/2019. Sentencia: 21/11/2019

CAMPANER, Jaime

2018 Pruebas obtenidas por particulares de modo delictivo: de la lista Falciani a las agendas de Nadine Heredia. Lima: A&C Ediciones Jurídicas S.A.C.

CASTILLO, Luciano

2014 La prueba prohibida: Su tratamiento en el nuevo Código Procesal Penal y en la jurisprudencia. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

CASTRO, Hamilton

2009 La prueba ilícita en el proceso penal peruano. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

COCA-VILA, Ivó

2013 Capítulo 2 ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? En *Criminalidad de la empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier

ELÍAS, Ricardo

2025 Delitos contra la seguridad informática: Acceso ilícito. Atentados contra la integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos.

Interceptación ilícita de datos informáticos. Abuso de dispositivos informáticos. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

GARCÍA, Percy

2018 Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa. En *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas comparadas (EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*. Lima: Ideas Solucion Editorial S.A.C.

GUARIGLIA, Fabricio

2005 Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el proceso penal: Una propuesta de fundamentación. En *Colección Tesis Doctoral 3*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.

LANDA, César

2002 El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. En *Pensamiento Constitucional*. Vol. 8 Núm. 8

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/issue/view/362>

LLUCH, Xavier Abel

2018 Estándares de prueba y valoración probatoria. En *La prueba en el proceso Evidence in the process*. IIDP Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y IAPL International Association of Procedural Law. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos

NEYRA, José

2018 La jurisprudencia penal peruana sobre la valoración de la prueba. En *La Prueba en el Proceso: libro de ponencias del VIII Seminario Internacional de Derecho Procesal: proceso y constitución*. Lima: Palestra Editores

NIETO Martín, A., Blanco Cordero, I., García Moreno, B., Lascurain Sánchez, J. A., & Patricia Pérez Fernández.

2015 *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (1a ed.). Tirant Lo Blanch,.

OLIVAS, Marco Antonio

2025 Compliance PLA/FT en la industria de los criptoactivos. En *Ciberseguridad, cibercrimen e IA LegalTech*. Lima: Editorial Derecho Global SAC

POVEDA, Mariano

2011 Descripción y “Modus operandi” en la realización de fraudes mediante internet. En *Fraude electrónico: entidades financieras y usuarios de Banca. Problemas y soluciones*. Pamplona: Editorial Arazandi SA

PRIORI, Giovanni F.

2018 Reglas de exclusión probatoria y prueba ilícita en Iberoamérica: un reporte desde el derecho fundamental a probar. En *La prueba en el proceso Evidence in the process*. IIDP Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y IAPL International Association of Procedural Law. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos

REYNA, Luis Miguel

2018 Compliance y Derecho Penal: Is this the end of the world as we know it? Breve introducción a los problemas que plantean la Ley N° 30424 y el Decreto Legislativo N° 1352. En *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas comparadas (EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*. Lima: Ideas Solucion Editorial S.A.C.

ROXIN, Claus

2000 Derecho procesal penal. (Trad. de Gabriela Córdoba y Daniel R. Pastor). Buenos Aires: Editores del Puerto

<https://es.scribd.com/document/262413013/Roxin-Derecho-procesal-penal-2000-pdf>

TAMBINI DEL VALLE, Moisés

1996 La prueba en el derecho procesal penal: de acuerdo con el nuevo Código Procesal Penal. Lima: Jus Editores

2000 La prueba en el derecho penal. Lima: Gráfica Horizonte

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

STS 132/2022. Sentencia: 24/01/2022.

[STS 132/2022 - ECLI:ES:TS:2022:132 - Poder Judicial](#)

WAGNER Daniel, Dante DISPARTE

2016 Global Risk Agility and Decision Making: Organizational Resilience in the Era of Man-Made Risk. London: Palgrave Macmillan

<https://springerlink.pucp.elogim.com/book/10.1057/978-1-349-94860-4#bibliographic-information>

## ANEXOS





Roj: **STS 132/2022 - ECLI:ES:TS:2022:132**

Id Cendoj: **28079120012022100042**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2022**

Nº de Recurso: **134/2020**

Nº de Resolución: **56/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 16757/2019,**  
**STS 132/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 56/2022**

Fecha de sentencia: 24/01/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 134/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/01/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Audiencia Provincial Madrid. Sección Cuarta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 134/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 56/2022**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 24 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 134/2020, interpuesto por la **acusación particular D<sup>a</sup>. Leticia , D. Roque , D. Samuel , D<sup>a</sup>. Mariana y D. Segundo** , representados todos por la procuradora D<sup>a</sup>. Carmen Ortiz Cornago, bajo la dirección letrada de D. Adolfo Prego de Oliver Puig de la Bellacasa, contra la sentencia n.º 434/2019 dictada el 21 de noviembre de 2019 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como **partes recurridas D. Virgilio** , representado por el procurador D. Juan Antonio Velo Santamaría, bajo la dirección letrada de D. Enrique Ugarte Timón, **D. Teodosio** representado por el procurador D. José Enrique Ríos Fernández, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Montserrat Suárez Abad, **D<sup>a</sup>. Tania** representada por el procurador D. Jaime Hernández Urizar, bajo la dirección letrada de D. Gonzalo Gallardo Álvarez, y la **mercantil FERGA 10, SA** representada por el procurador D. Jaime Hernández Urizar, bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Cillán Martínez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Madrid instruyó Procedimiento Abreviado número 2492/2013, por delitos de apropiación indebida, administración desleal y falsedad en documento mercantil contra D. Teodosio , D<sup>a</sup>. Tania y D. Virgilio , y como responsable civil subsidiaria contra la mercantil FERGA 10, SA; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección Cuarta (Rollo P.A. núm. 397/2018) dictó Sentencia número 434/2019 en fecha 21 de noviembre de 2019 que contiene los siguientes **hechos probados**:

" **PRIMERO.-** El Grupo Gestur está formado por un conjunto de empresas dedicadas a la promoción, construcción y comercialización de productos inmobiliarios, del que forman parte, entre otras, las sociedades FERGA 10 SA, GESTIÓN DEL SUELO GESTUR SL y GESTORA AUTÓNOMICA SA (f. 179).

El 19 de noviembre de 2010 don Bernardino y su hermano, el querellado, don Teodosio , ambos en su propio nombre y en representación de sus respectivos hijos don Roque , doña Camino , don Samuel y doña Mariana , así como doña Elvira y doña Tania , esta última también querellada en este proceso, convinieron en documento privado (f. 180) reflejar la titularidad real de todos y cada uno de los bienes que integran el patrimonio empresarial del Grupo Gestur, estableciendo que el mismo es propiedad de ambos hermanos por mitad, es decir, al 50% (Estipulación 6<sup>a</sup>).

Asimismo, estipularon que también forman parte del patrimonio empresarial las cinco viviendas unifamiliares ubicadas en el conjunto residencial denominado Hacienda Real, las cuales se encuentran escrituradas a nombre de la mercantil GESTORA AUTÓNOMICA SA. Y en la misma estipulación se contempló que se venderían a terceros en el momento en que apareciesen los correspondientes compradores (Estipulación 5<sup>a</sup> B).

Finalmente, en el mismo documento, ambos hermanos acordaron no realizar reparto de beneficios mientras hubiera pagos u obligaciones pendientes de cumplir o aprovisionar, comprometiéndose a destinar los excedentes de capital a amortizar los derechos o compromisos asumidos por las distintas compañías del Grupo Gestur (estipulaciones 4<sup>a</sup> y 8<sup>a</sup>).

**SEGUNDO.-** Las cinco viviendas anteriormente mencionadas forman parte de una promoción mayor acometida por el Grupo Gestur a través de las sociedades GESTIÓN DEL SUELO GESTUR SL, que adquirió el solar y ejecutó la obra, y FERGA 10 SA, que la financió.

La compra del suelo la realizó GESTIÓN DEL SUELO GESTUR SL mediante escritura pública otorgada el 10 de junio de 2003, si bien el pago del precio, por un total de 1.115.479 euros, lo realizó la mercantil FERGA 10 SA, cargando en su cuenta del Banco de Santander tres cheques por importe de 278.870 euros, 557.739 euros y 278.870 euros que fueron entregados a los vendedores (Doc. 1 y 3 aportados por la RCS al comienzo del juicio).

Para hacer frente al pago, la mercantil FERGA 10 SA utilizó la póliza de crédito NUM000 suscrita con el Banco de Santander por un límite de 3.005.060,52 euros (Doc. 3 y 7 aportados por la RCS al comienzo del juicio).

Con cargo a la misma también se abonó el importe de la ejecución de la obra que finalizó el 27 de enero de 2005, según se hizo constar en la declaración de obra nueva otorgada el 8 de abril de 2005 (Doc. 5 aportado por la RCS al comienzo del juicio). Concluida la obra, ante las dificultades para obtener la licencia de primera ocupación, que les fue denegada el 19 de julio de 2006 (Doc. 6 aportado por la RCS al comienzo del juicio), los hermanos Segundo y Samuel decidieron transmitir la titularidad de las viviendas a GESTORA AUTÓNOMICA



SA, en la creencia de que una vez hecha la transmisión a un tercero sería más fácil obtener la licencia. A tal efecto, el 17 de septiembre de 2007 el acusado don Teodosio y la querellante doña Leticia otorgaron escritura pública de compraventa (f. 79), el primero actuando como vendedor en representación de GESTIÓN DEL SUELO GESTUR SL y la segunda, como compradora, en representación de GESTORA AUTONÓMICA SA.

En la escritura de compraventa se hizo constar que el precio ascendía a 2.384.635 euros que se declararon recibidos con anterioridad a su otorgamiento. En ella también se afirmó que la venta es consecuencia de cinco contratos privados de compraventa otorgados en las siguientes fechas: el de la vivienda nº 2, el 10 de febrero de 2004; el de la vivienda nº 3, el día 25 de noviembre de 2004; el de la vivienda nº 4, el 12 de mayo de 2004; el de la vivienda nº 5, el día 25 de febrero de 2005; y el de la vivienda nº 9, el día 17 de septiembre de 2004.

En la escritura, los comparecientes dejaron constancia de los medios de pago empleados para abonar el precio y pagar el IVA, señalando que a tal fin se libraron ciento veinte pagarés, que no llegaron a emitirse.

A los cinco contratos privados de compraventa, de cuya existencia tampoco hay constancia, se refiere también el documento privado de reconocimiento de deuda y constitución de garantía (f. 103), fechado el 20 de enero de 2007 y suscrito por doña Tania y don Teodosio, actuando la primera en representación de FERGA 10 SA y el segundo como administrador de GESTORA AUTONÓMICA SA. Al igual que en la escritura de compraventa, en este documento también se hizo constar que el precio de la compraventa ascendió a 2.384.635 euros y en cuanto a los medios de pago empleados para abonar el precio y el IVA también se indicó que se había hecho mediante la entrega de pagarés con vencimiento el primero el día 10 de marzo de 2004 y el último el día 25 de agosto de 2007.

En el mismo documento se hizo constar que para el abono por parte de GESTORA AUTONÓMICA SA de los pagarés, que no consta llegasen a emitirse, la compradora solicitó un préstamo a FERGA 10 SA por importe de 2.600.000 euros y en garantía del mismo se contempló la dación en pago de las cinco viviendas, garantía que solo se haría efectiva una vez concedida la licencia de 1ª ocupación (f. 104 vuelto).

**TERCERO.-** Una vez que el 16 de octubre de 2012 el Ayuntamiento de Marbella acordó conceder la licencia de primera ocupación (f. 348), como quiera que desde finales de 2011 el Banco de Santander había comunicado a FERGA 10 SA su intención de no acceder a la renovación tácita de la póliza de crédito (Doc.7 aportado por la RCS al comienzo del juicio), con cargo a la cual se había financiado la edificación valorada en 2.615.164'76 euros, con la finalidad de mejorar el balance de la sociedad, cuya función era proporcionar liquidez a las sociedades del grupo, el querellado don Teodosio en representación de GESTORA AUTONÓMICA SA y la querellada doña Tania en representación de FERGA 10 SA, el 16 de noviembre de 2012, otorgaron escritura de dación en pago (f. 134). Las cuatro viviendas fueron posteriormente transmitidas a terceros por escrituras de compraventa otorgadas el 26 de diciembre de 2012, el 11 de octubre de 2013, el 23 de agosto de 2014 y el 5 de febrero de 2015 y el precio obtenido por la venta de cada una de las viviendas fue ingresado en las cuentas de la sociedad FERGA 10 SA (Prueba documental aportada por la RCS en el trámite de la prueba documental). La sociedad FERGA 10 SA estaba participada por mitad por las sociedades patrimoniales de los querellantes, los hijos de don Bernardino (TWELVE) y los hijos del querellado don Teodosio (GOMINFA).

**CUARTO.-** Expresamente se declara no probado que el documento privado de reconocimiento de deuda y dación en pago suscrito por los querellados Teodosio y doña Tania fuese elaborado en el mes de octubre año 2012, alterando la fecha del mismo y datándolo el 20 de enero de 2007.

El borrador de este documento fue preparado por el querellado don Virgilio que al tiempo de los hechos era asesor jurídico del Grupo Gestur."

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"En atención a todo lo expuesto este Tribunal **HA DECIDIDO**:

ABSOLVER A LOS ENCAUSADOS don Teodosio, doña Tania y don Virgilio de los cargos imputados por la acusación particular, condenándola al pago de las costas causadas por este juicio. Notifíquese la presente sentencia a las partes personadas haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación que deberá anunciarse en el plazo de cinco días hábiles ante esta Sección para su conocimiento por la Sala Segunda del Tribunal Supremo."

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de Dª. Leticia, D. Roque, D. Samuel, Dª. Mariana y D. Segundo, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** La representación de los recurrentes basa su recurso de casación en los siguientes motivos:



Motivo primero.- Al amparo del artículo 852 por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE al excluirse por el Tribunal, como ilícitas, la valoración de las pruebas documentales válidas de innegable relevancia para la resolución de la controversia.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 849.1º LECrim. por infracción del art. 240.3º LECrim. en relación con los arts. 123 y 124 CP .

**QUINTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal y las partes recurridas solicitan la inadmisión de los motivos, impugnándolos subsidiariamente. La Sala admitió a trámite el recurso quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 19 de enero de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: INDEBIDA DECLARACIÓN DE ILICITUD CONSTITUCIONAL DE UN MEDIO DE PRUEBA DOCUMENTAL DECLARADO PREVIAMENTE PERTINENTE:**

1. El primero de los motivos combate la aplicación por el tribunal de instancia de la regla de exclusión probatoria ex artículo 11 LOPJ, en relación con determinados documentos, aportados como prueba, consistentes en diversos correos electrónicos y archivos adjuntos remitidos desde cuentas corporativas de la empresa GRUPO GESTUR. Al parecer de los recurrentes, no ha existido infracción de derechos fundamentales que justifique la exclusión ordenada. Y ello por dos razones. La primera, porque quien accedió a dichos contenidos fue el co-titular de la empresa, el Sr. Bernardino , utilizando las claves de las que disponía y que, pese a que le fueron revocados los poderes de representación, no le fueron retiradas. Por tanto, en dicha condición, ejerció, se afirma, un legítimo derecho de control y de acceso a la información. Como, en términos equivalentes, " *podría haber accedido físicamente a los diversos departamentos que integran la unidad productiva para conocer la información que físicamente obrara en sus archivos*" (sic). En segundo lugar, porque las cuentas de correo examinadas, lejos de lo que se afirma en la sentencia recurrida, no eran individuales, no correspondían a los distintos trabajadores o empleados de la empresa, sino cuentas corporativas. Se insiste en que las direcciones de correo eran " *genéricas, creadas para dos departamentos específicos del grupo empresarial y puestas, naturalmente, al servicio de personas físicas innominadas que, coyunturalmente, pudieran prestar su trabajo para la compañía haciendo uso de las mismas*" (sic).

En esta medida, no puede reconocerse un espacio de privacidad protegible ex ante. Ninguna de las cuentas a las que se accedió " *permitían identificar el espacio digital a ellas asociado con un espacio de privacidad perteneciente a una concreta persona empleada que de manera exclusiva pudiera hacer uso de ellos sino, al contrario, con espacios o entornos digitales identificados con departamentos de la empresa -el de contabilidad y el departamento jurídico- en los que mediante un juicio ex ante solo podían imaginarse almacenados datos privados del Grupo empresarial del que don Segundo era copropietario junto a su hermano*" (sic).

2. El motivo introduce diversas cuestiones subordinadas entre sí que reclaman su análisis ordenado y diferenciado.

La primera, obliga a despejar si el acceso al contenido de las comunicaciones electrónicas aportadas como prueba documental por la acusación particular, en los términos precisados por el tribunal de instancia, supuso una injerencia no justificada en los derechos a la vida privada y a la intimidad de terceros, garantizados por los artículos 18 CE, 8 CEDH y 8 CDFUE. La segunda, si la respuesta a la anterior cuestión fuera positiva, comportará determinar si la lesión del derecho justifica, en el caso, activar la regla de exclusión probatoria.

3. La primera de las cuestiones plantea, a su vez, varias subcuestiones, resultando prioritario analizar la que atañe al marco de obtención de los documentos aportados pues de ello depende la identificación o no de expectativas de privacidad merecedoras de protección iusconstitucional.

### **§ Condiciones constitucionales de acceso al contenido del correo corporativo**

Para los recurrentes, como se anticipaba, no hay objeto protegible porque la información se obtuvo de cuentas de correo corporativas, cuyo uso no se atribuyó en exclusiva a personas físicas concretas sino a personas innominadas. Lo que obliga a presumir que de su coyuntural uso por estas no podía derivarse ninguna expectativa atendible de privacidad.

La objeción no es de recibo. El examen de los correos aportados permite identificar con toda claridad elementos significativos de privacidad en su utilización.



No se cuestiona que por los responsables de la empresa se crearon cuentas corporativas de correo electrónico identificadas por el nombre de los distintos departamentos que la integran y con una clave de acceso común. Pero no lo es menos que los sistemas de correo corporativo permiten la vinculación a cada una de ellas de diferentes "alias" que se convierten en usuarios individuales de dicha concreta cuenta. De tal modo, para acceder a esta, la persona a quien corresponde el "alias" vinculado, debe, en el *frontend* del sistema, registrarse mediante su nombre de usuario y la clave o *password*. Desde ese momento, el uso de la cuenta se *privatiza*, en particular cuando el usuario la utiliza para enviar contenidos a otros usuarios del sistema o externos a este.

Es cierto, no obstante, que, en los supuestos de cuentas corporativas, todos los *alias* vinculados pueden recibir los mensajes remitidos a dicha cuenta -sin perjuicio de que, utilizando los ajustes que ofrece el propio sistema, se establezcan criterios específicos de discriminación y distribución de mensajes entre los distintos usuarios vinculados-. Pero ello no se traduce, en modo alguno, en que los mensajes enviados por cada usuario vinculado sean compartidos con los otros *alias* de la cuenta.

4. En el caso, se observa con toda claridad lo antedicho. Si se atiende a los encabezados de los mensajes de correo electrónico documentados, en particular a dos de los que se incorporan, como imágenes, al escrito del recurso de casación, podrá observarse cómo uno de los remitentes responde a una concreta persona, usuario vinculado a la cuenta corporativa, el Sr. Virgilio, quien, además, resultó acusado -vid. "Virgilio -Grupo Gestur" [mailto:juridico@grupogestur.com] y "Virgilio -GrupoGestur" ? juridico@grupogestur.com?-.

Los actos comunicativos se realizaron desde una cuenta corporativa, pero por un usuario concreto y, en ese contexto, exclusivo. El mensaje se remitió a un solo destinatario, en este caso a la Sra. Tania -que también resultó acusada-, sin que su contenido se distribuyera entre los demás usuarios potencialmente vinculados. Por otro lado, y como se decanta de la sentencia recurrida, la empresa empleaba a muy pocas personas, hasta el punto que cada cuenta debía contar con muy escasos usuarios vinculados. Lo que explica que la Sra. Vanesa, responsable de la contabilidad de la empresa, creyera, como manifestó en el plenario, que la cuenta de correo corporativa -"contabilidad@grupogestur.com"- podía también utilizarla para algunos fines privados, precisando la gestión de sus citas médicas.

5. En término situacionales, el uso de cuentas corporativas en el caso no desplazaba ni vaciaba de contenido la legítima expectativa de privacidad de cada uno de los usuarios vinculados a dichas cuentas. No nos enfrentamos, por tanto, a un supuesto de ausencia de canal comunicativo cerrado, como el analizado por la STC 241/2012.

El caso que hoy nos ocupa sitúa la cuestión de las condiciones de acceso por terceros al contenido comunicado en un incuestionable escenario de limitaciones constitucionales y convencionales.

6. En efecto, como de manera reiterada nos recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el concepto de "vida privada" se vincula con el derecho a la realización, desarrollo y autonomía personal. El artículo 8 CEDH, y en lógica correspondencia iusfundamental el artículo 18 CE, reconocen que toda persona tiene derecho a vivir en privado, lejos de la atención no deseada de terceros. Y que ese derecho a la "vida privada" no puede quedar circunscrito a un "círculo íntimo". El artículo 8 CEDH, y también el artículo 18 CE, garantizan el derecho a la "vida privada" en un sentido amplio, que incluye el derecho a llevar una "vida privada en sociedad", es decir, la posibilidad de que la persona desarrolle su identidad social, entablando y desarrollando relaciones con otras personas -vid. SSTEDH, caso Bigaeva c. Grecia, de 28 de mayo de 2009; caso Özp nar c. Turquía, de 19 de octubre de 2010-.

Dimensión social del derecho a la vida privada que se proyecta de manera muy significativa en el espacio de la actividad profesional pues es donde la mayoría de las personas tienen muchas, si no la mayoría, de las oportunidades de desarrollar sus vínculos con el mundo exterior -vid. SSTEDH, caso Fernández Martínez c. España, de 12 de junio de 2014; caso Oleksandr Volkov c. Ucrania, de 9 de enero de 2013-.

Espacio relacional protegido por el derecho a la vida privada que se extiende, también, *prima facie*, a las comunicaciones que puedan mantener las personas en su horario laboral. Como también ha destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los correos electrónicos están comprendidas en los conceptos de "vida privada" y "correspondencia" en el sentido del artículo 8 -en términos coincidentes, vid. SSTC 241/2012 y 170/2013, sobre la protección que ofrece el artículo 18.1 CE a los correos electrónicos archivados en el ordenador-. También, en principio, cuando dichas comunicaciones proceden o se reciben en centros de trabajo -Vid. SSTEDH, caso Halford c. Reino Unido, de 25 de junio de 1997; caso Amann c. Suiza de 16 de febrero de 2000; caso Copland c. Reino Unido, de 3 de abril de 2007-.

A este respecto, debe destacarse también la Recomendación del Consejo de Europa CM/Rec (2015) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros *sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral*, adoptada el 1 de abril de 2015, en la que se establece en relación con el uso de Internet y de las

comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo -vid, principio 14 y siguientes-, que "los empresarios deben evitar las interferencias injustificadas e irrazonables en el derecho a la intimidad de los empleados. Este principio se extiende a todos los dispositivos técnicos y TIC utilizadas por un empleado. Los interesados deben ser informados adecuada y periódicamente de acuerdo con una política de privacidad clara, en línea con el Principio 10 de esta Recomendación. La información facilitada debe estar actualizada e incluir la finalidad del tratamiento, el periodo de conservación de los datos recogidos, el almacenamiento de los datos de conexión y el archivo de los correos electrónicos comerciales. (...) El acceso por parte de los empresarios a las comunicaciones comerciales electrónicas de sus empleados, que han sido informados previamente de esta posibilidad, solo podrá producirse, en su caso, si es necesario por razones de seguridad u otras razones legítimas. En caso de ausencia de un empleado, los empleadores deben tomar las medidas necesarias y proporcionar los procedimientos adecuados para permitir el acceso a las comunicaciones electrónicas de la empresa solo cuando dicho acceso sea necesario desde una perspectiva empresarial. El acceso debe realizarse de la forma menos intrusiva posible y solo después de informar a los empleados afectados. (...) En ningún caso se debe controlar el contenido, el envío y la recepción de comunicaciones electrónicas privadas en el curso del trabajo".

7. El pleno reconocimiento del derecho a la vida privada en los contextos laborales no impide, sin embargo, que surjan conflictos iusconstitucionales con otros derechos e intereses legítimos que puedan oponerse a su ejercicio. Entre estos, las facultades de control de la actividad laboral que la ley atribuye al empresario -vid. artículo 20. 3 LET, donde se previene " la facultad [del empresario] de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana". Sobre esta cuestión, vid. SSTC 28/2000, 186/2000, 241/2012, 4170/2013-.

Si bien el contrato de trabajo no constituye un título legítimo para recortar derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano -vid STC 88/1985-, no puede desconocerse, tampoco, que la inserción en la organización laboral puede modular aquellos derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva -vid. STC 170/2013-. Como se afirma en la STC 126/2003, " manifestaciones del ejercicio [de los derechos fundamentales] que en otro contexto serían legítimas, no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral".

8. Un escenario particularmente conflictual es precisamente el que se deriva del uso con fines privados por el trabajador o dependiente de las nuevas tecnologías de la información dispuestas por el empresario para el funcionamiento de la empresa. Dicho uso puede entrar en colisión con los deberes laborales establecidos y comprometer, además, la obtención de las finalidades propias de la actividad empresarial.

Conflicto entre el derecho a la vida privada, también en el ámbito laboral, y facultades de control empresarial que obliga a identificar soluciones ponderativas que preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, sin perder nunca de vista la posición preeminente de estos y la necesidad de aplicar estrictos criterios de proporcionalidad en su limitación -vid. STC 213/2002-.

9. Sobre esta cuestión, debe acudir necesariamente a la STEDH, de Gran Sala, caso BĂRBULESCU c. Rumanía, de 5 de septiembre de 2017, que analizando el conflicto desde la perspectiva de las obligaciones positivas del Estado, fija como punto de partida "la obligación de los tribunales nacionales de garantizar que la adopción por parte de un empresario de medidas de control de la correspondencia y otras comunicaciones, cualquiera que sea su alcance y duración, vaya acompañada de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos". Para, a continuación, precisar los ítems que permiten evaluar si la injerencia empresarial ha respetado el derecho a la vida privada del trabajador afectado.

Primero, ¿se ha informado al trabajador de la posibilidad de que el empresario adopte medidas para controlar su correspondencia y otras comunicaciones, así como de la introducción de dichas medidas? Aunque en la práctica esta información puede ser comunicada al personal de diversas maneras, dependiendo de las circunstancias fácticas de cada caso, el Tribunal considera que, para que las medidas se consideren conformes con los requisitos del artículo 8 del Convenio, la advertencia debe ser clara en cuanto a la naturaleza de la vigilancia y antes de su puesta en marcha.

Segundo, ¿Cuál fue el alcance de la vigilancia del empresario y el grado de intromisión en la vida privada del trabajador? A este respecto, hay que distinguir entre el control del flujo de las comunicaciones y el control de su contenido. También hay que tener en cuenta las cuestiones de si el control de las comunicaciones abarcaba la totalidad o solo una parte de las mismas y si estaba limitado en el tiempo o no, así como el número de personas que tenían acceso a sus resultados.



Tercero, *¿Instituyó el empleador razones legítimas para vigilar estas comunicaciones y para acceder a su contenido?* Dado que el control del contenido de las comunicaciones es, por su naturaleza, un método mucho más invasivo, requiere una justificación más seria.

Cuarto, *¿habría sido posible establecer un sistema de vigilancia basado en medios y medidas menos intrusivos que el acceso directo al contenido de las comunicaciones del empleado?* Al hilo de ello, debe valorarse, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, si la finalidad perseguida por el empresario podría alcanzarse sin un acceso directo y completo al contenido de las comunicaciones del trabajador.

Quinto, *¿ Cuáles fueron las consecuencias de la vigilancia para el trabajador sometida a la misma?¿Cómo utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia, en particular si estos resultados se utilizaron para lograr el objetivo declarado de la medida?*

Sexto, *¿ se ofrecieron al empleado las garantías adecuadas, en particular cuando las medidas de vigilancia del empresario eran intrusivas?* Estas salvaguardias deben impedir, en particular, que el empresario tenga acceso al contenido real de las comunicaciones en cuestión sin que el trabajador haya sido avisado previamente de tal eventualidad -vid. también, STEDH, caso Libert c. Francia, de 22 de febrero de 2018, en la que se analiza, esta vez desde la perspectiva de las obligaciones negativas del Estado, dado el contexto público en el que se desarrollaba la relación laboral [la empresa de ferrocarriles SCNF], un supuesto de acceso por el empleador a datos almacenados en la unidad interna del ordenador de un empleado. En el caso, el Tribunal concluye que el trabajador, al no etiquetar los datos almacenados como privados, renunció a su expectativa de privacidad, dadas las precisas previsiones reglamentarias sobre las condiciones que habilitan a los responsables designados a acceder al contenido almacenado en ordenadores utilizados por los empleados, propiedad de la empresa-

**10.** Pues bien, partiendo de lo anterior y en el caso que nos ocupa, no identificamos que en el acceso por parte del Sr. Bernardino al contenido y archivos adjuntos de un significativo volumen de correos electrónicos -15-remitidos y recibidos desde cuentas individuales - Tania y Teodosio - y cuentas corporativas pero por usuarios individuales vinculados e identificados nominalmente - Virgilio y Filomena -, se hayan respetado las mínimas condiciones de compatibilidad con las exigencias de protección de los derechos a la privacidad - artículo 8 CEDH- e intimidad - artículo 18.1 CE- de los empleados afectados -Sr. Virgilio, Sra. Tania y Sra. Vanesa -.

La clara expectativa de privacidad, como fundamento objetivo del derecho, que protegía a los empleados frente al acceso abusivo al contenido de sus comunicaciones mediante el correo electrónico corporativo, obligaba a que previamente se hubieran fijado con claridad y precisión, en los términos exigidos por la doctrina BĂRBULESCU, las condiciones de acceso: quién, cómo, cuándo, por qué y con qué alcance.

Y, en el caso, insistimos, no consta cumplida ni una sola de dichas previsiones...y precauciones.

**11.** Sin perjuicio de que resulte muy discutible que la mera condición de socio de una mercantil, sin atribución de responsabilidad gestora alguna, habilite para ejercer funciones de control y supervisión de la actividad empresarial, fuera de los cauces del derecho a la información que garantiza la legislación sectorial -vid. artículos 93, 196 y 197, todos ellos, Real Decreto legislativo 1/2010 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital-, en el caso el exhaustivo acceso a los contenidos de correo electrónico no vino precedido de ninguna advertencia, no estuvieron presentes las personas afectadas, no se identificó previamente una finalidad precisa, vinculada a la propia actividad empresarial desarrollada, no se adoptó ninguna fórmula de atemperación de la extensión subjetiva del acceso y los contenidos documentados fueron, finalmente, utilizados para fundar la acción penal, no solo contra el otro socio sino también contra los propios empleados usuarios de las cuentas de correo.

A diferencia del supuesto analizado en la STC 170/2013 -cuya doctrina fricciona en algunos puntos con la mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso BĂRBULESCU-, no cabe, en modo alguno, identificar que el acceso del Sr. Bernardino a los canales de comunicación empleados respondiera " al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario y sometidos, en consecuencia, a su posible fiscalización".

El acceso fue desproporcionado y lesionó los derechos a la privacidad y a la intimidad de las personas afectadas. Notas que aproximan intensamente el supuesto al contemplado en la STS 489/2018, cuya invocación por el tribunal de instancia cuestiona el recurrente en su recurso.

### **§ Consecuencias de la infracción del derecho fundamental en la obtención de fuentes o medios de prueba**

**12.** Sentado lo anterior, la segunda gran cuestión que se suscita es la de determinar los efectos de la vulneración. En particular, si ello debe comportar, en el caso, la exclusión del cuadro de prueba de los documentos aportados por la acusación en los términos ordenados en la sentencia recurrida.



Anticipamos que la respuesta debe ser positiva, si bien cabe introducir algunas consideraciones generales.

No cabe duda que los derechos fundamentales, y muy en particular los derechos de y a la intimidad reconocidos en el artículo 18 CE, pueden oponerse no solo frente a las injerencias del Estado sino también contra cualquier acto lesivo que provenga de particulares. La indiferencia respecto al agente "perturbador" resulta coherente con el propio contenido esencial del derecho en juego.

Pero el ámbito extendido de protección no significa que las consecuencias y las reparaciones deban ser las mismas con independencia de quién sea el agente infractor. Hay razones sistemáticas y teleológicas que permiten la aplicación de estándares de reparación diferenciados en atención a la condición subjetiva de la injerencia o de la finalidad perseguida con la misma.

**13.** Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional han acudido en un buen número de supuestos a test de relevancia diferentes en atención al carácter público o no del agente injerente o, incluso, entre particulares, en función de circunstancias relativas a la profesión o desempeño de determinadas actividades.

Así, en materia de conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión o de información, el Tribunal Constitucional ha contemplado como criterio determinante del juicio de ponderación sobre los límites del derecho fundamental, la condición de periodista profesional del informante - STC 158/2003- o de representante sindical del que profiere expresiones críticas - STC 185/2003- o la condición de letrado defensor cuando las manifestaciones críticas o descalificadoras de la actuación judicial se vierten en el seno de un proceso jurisdiccional - SSTC 79/2002, 235/2002-. En el mismo espacio conflictual el Tribunal de Estrasburgo ha aplicado test diversos cuando el ejercicio de la libertad de expresión tenía como finalidad la crítica política - STEDH, Caso Lingens contra Austria, de 8 de julio de 1986- o cuando el objeto de la crítica son los tribunales de justicia -vid. SSTEDH, Caso Bradford contra Noruega, de 24 de febrero de 1997; Caso Haes y otros contra Suiza, de 20 de mayo de 1998-.

También en materia de secreto de las comunicaciones, el Tribunal Constitucional ha aplicado estándares de protección diferentes cuando la grabación de la conversación se realiza entre particulares que a su vez son interlocutores - SSTC 29/84, 56/2003-, admitiendo el potencial probatorio de las conversaciones registradas. Estándar que, sin embargo, resulta de imposible utilización cuando el interlocutor es un agente estatal en persecución de un delito o la conversación estuviera siendo observada o intervenida por las autoridades del Estado aun cuando la interlocución fuera entre particulares y uno de ellos hubiera admitido la injerencia estatal - SSTEDH, caso Krusling contra Francia, de 24 de febrero de 1990; caso Allan contra Reino Unido, de 5 de noviembre de 2002. En sentido contrario, SSTEDH, caso Bykov c. Rusia, de 10 de marzo de 2009 y caso Heglás c. República Checa, de 9 de julio de 2007-.

**14.** Los anteriores ejemplos sirven para patentizar que el sistema de protección de los derechos fundamentales no se basa en soluciones estáticas, aplicables, como una suerte de respuestas automatizadas y protocolizadas, con independencia de las condiciones objetivas y subjetivas en las que se produce la lesión.

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales no implica, por tanto, que las limitaciones y las garantías se activen de la misma manera cuando el conflicto surge entre particulares o con el Estado. No puede desconocerse que la funcionalidad de los derechos fundamentales adquiere una especial dimensión cuando de lo que se trata es, precisamente, de limitar el poder del Estado frente al ciudadano. En puridad, los derechos fundamentales vienen a configurar la comprensión general de las relaciones del Estado y los ciudadanos, garantizando el espacio de libertad del que disponen los segundos para el libre desarrollo de su personalidad en condiciones de dignidad.

**15.** Lo anterior se traduce en que si bien la lesión de un derecho fundamental a consecuencia de una actividad injerente de un particular activa mecanismos reparadores ello no supone que, de forma necesaria, cuando se produzca un efecto reflejo en un proceso judicial resulte siempre de aplicación la regla de exclusión probatoria prevista en el artículo 11 LOPJ.

Dicha regla constituye una de las garantías de los derechos fundamentales que ofrece el sistema constitucional, pero su efectiva operatividad 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.

Si bien en nuestro sistema de garantías constitucionales, la regla de exclusión atiende, esencialmente, a la protección de la integridad del proceso, -vid. SSTC 97/2019, 2/2003-, a diferencia del sistema norteamericano



donde prima desalentar comportamientos inadecuados de los agentes estatales -vid. Decisiones de la Corte Suprema, Stone v. Powell, 1976; U.S v. Leon, 1984; Ill v. Krull, 1987; Hudson v. Michigan, 2006; Herring v. United States, 2009-, sin embargo de ello no puede derivarse la exigencia, siempre, de unas mismas consecuencias o efectos reactivos con independencia de las circunstancias que rodean la infracción. En particular, las relativas al infractor y sus fines.

De nuevo, los elementos contextuales, subjetivos y finalísticos deben servir para modular el funcionamiento del sistema de garantías y fijar racional y proporcionalmente sus efectos.

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.

En estos casos, la regla de exclusión debe actuar como antídoto fundamental para la conservación de un determinado modelo de convivencia fundado en el valor de la Justicia y la preeminencia de los derechos fundamentales. Cuando estos se sacrifican injustamente y finalísticamente los efectos de la lesión se proyectan sobre el proceso no cabe otra opción que la de renunciar al esclarecimiento de la verdad, preservando el derecho a la presunción de inocencia de la persona acusada que sufre la injerencia intolerable en el núcleo de sus derechos.

**16.** El Tribunal Constitucional de manera indirecta -vid. *a sensu contrario*, SSTC 29/84, 56/2003, 97/2019- ha confirmado la operatividad de la regla de exclusión en supuestos en los que los agentes infractores sean particulares, pero siempre que la finalidad fuera la obtención ilícita de evidencias o de fuentes probatorias

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-.

Activar en estos supuestos la exclusión probatoria generaría consecuencias totalmente desproporcionadas con respecto a la entidad y naturaleza de la infracción y a las necesidades objetivas de protección sistemática del modelo constitucional -como excepción a lo anterior, cabe referirse a la interesante STEDH, caso Cwik c. Polonia, de 5 de febrero de 2021, en la que se analiza por primera vez, desde el canon de la integridad del proceso, el aprovechamiento probatorio de grabaciones de manifestaciones obtenidas por particulares, en un contexto desligado de toda finalidad procesal, mediante tortura de una persona que resultó posteriormente acusada. En el caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que la prueba no puede ser valorada. Considera que, con independencia del contexto de producción, una información probatoria que se obtiene bajo tortura compromete radicalmente la equidad del proceso. En supuestos de tortura resulta indiferente, por tanto, que el agente infractor sea un particular y que la finalidad no tuviera relación alguna con el proceso. De especial interés, también, el voto particular que objeta la aplicación al caso de la regla de exclusión por la vía del artículo 6.1 CEDH-.

**17.** Salvado el supuesto de tortura, a la luz de la doctrina Cwik, el fundamento de la regla de exclusión reside, como sostiene el Tribunal Constitucional en la STC 97/2019, en *"proteger a los ciudadanos de la violación instrumental de sus derechos fundamentales que ha sido verificada, justamente, para obtener pruebas. 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"*.

Cuestión esta sobre la que también se ha pronunciado este Tribunal -vid. por todas, SSTS 45/2014, de 7 de febrero, 517/2016, de 14 de junio, 167/2020, de 19 de mayo-, al hilo del aprovechamiento probatorio de confesiones extrajudiciales grabadas por uno de los interlocutores, exigiendo, para que puedan ser valoradas, que resulten espontáneas y producidas en un contexto comunicativo de buena fe. De contrario, cuando dichas confesiones se obtienen mediante un ardid o engaño del interlocutor para obtener evidencias probatorias se produce un atentado contra el principio de integridad que es el que presta sustento constitucional a la regla de exclusión probatoria como garantía específica del proceso.

**18.** En el caso, como anticipábamos, la 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 iusfundamental.

No es óbice a lo anterior que quien accedió al contenido de los correos no fuera quien ejerciera la acción penal mediante querrela -no cabe obviar que el artículo 103.2º LECrim le impedía al Sr. Bernardino ) dirigir la acción



penal contra su hermano-. De las circunstancias de producción se decanta con toda claridad que este facilitó de forma voluntaria todos los documentos ilícitamente obtenidos a los querellantes, su esposa e hijos.

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. Por todas las razones expuestas, el motivo debe ser desestimado.

## **SEGUNDO MOTIVO, POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM : INDEBIDA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL QUE PREVIENE LA CONDENA EN COSTAS AL ACUSADOR PARTICULAR**

**19.** Con carácter subordinado a las resultas del primer motivo, los recurrentes cuestionan la condena en costas. A su parecer no hay razones de merecimiento. Ni el *fumus* sobre el que se basó la acción penal puede considerarse inexistente o desprovisto de racionalidad inculpatoria -el propio tribunal de instancia afirma la existencia de falsedad documental- ni cabe identificar como criterio de mala fe la aportación de determinados medios de prueba cuya legitimidad constitucional fue validada, primero, por el juzgado instructor y, segundo, por el propio tribunal de la Audiencia Provincial en la que se celebró posteriormente el juicio oral, cuando confirmó por auto la inadmisión de la querrela interpuesta por D. Teodosio por revelación de secretos. Además, no cabe obviar que los recurrentes no fueron quienes accedieron a los correos electrónicos sino el padre y marido, respectivamente, D. Bernardino . Los recurrentes, se afirma, actuaron siempre bajo la creencia razonable de la licitud de su comportamiento, lo que descarta la *especial malicia* a la que se refiere el tribunal de instancia para fundar su declaración de condena al pago de las costas.

**20.** El motivo no puede prosperar.

Como es sabido, en nuestro proceso penal, la imposición de costas al acusador particular en la primera instancia, se funda en un principio de responsabilidad subjetiva que desplaza el del vencimiento objetivo propio de otras jurisdicciones. Resulta necesario individualizar en el acusador privado una intención final de abuso del proceso penal, de instrumentarlo torticeramente al servicio de finalidades alejadas de las que le son propias.

El presupuesto de la temeridad o mala fe, en cuanto exige la presencia de un especial elemento subjetivo, no puede confundirse o identificarse con el carácter infundado de la pretensión en cuanto este hace referencia al contenido o aspecto objetivo de la responsabilidad del litigante vencido. Debe recordarse que la acción, hasta la fase del juicio oral, ha sido objeto de tres decisiones judiciales previas por las que, en consideración a un juicio provisorio de tipicidad y de cualificada plausibilidad fáctica, se ordenó la oportunidad de su plena sustanciación -vid. en este sentido, la regulación que de las costas se contiene en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al establecerse en el párrafo 2º del Art. 95 que "El tribunal podrá imponer las costas que se derivasen de la tramitación del proceso a las partes que hayan mantenido posiciones infundadas, si apreciare temeridad o mala fe", lo que sugiere con toda claridad la exigencia de ese doble plano de imputación, inconsistencia pretensional y temeridad o mala fe-

La necesaria determinación de dicho elemento subjetivo en la conducta pretensional entraña una evidente dificultad ínsita, por lo demás, a la prueba de todos los aspectos que atañen a la esfera anímica o interna de las personas. Dificultad que obliga a acudir a la técnica de connotación indiciaria, tomando en cuenta hechos y circunstancias objetivas exteriorizadas por la conducta de la parte.

Así, y a título simplemente enunciativo, adquirirán especial relevancia como "marcadores" indiciarios de una conducta procesal temeraria o de mala fe, la afirmación de hechos inciertos o falsos dirigidos a confundir al juzgador, la correlativa ocultación de hechos relevantes, la no aportación de medios de prueba de los que se disponga que pudieran favorecer a la persona contra la que se dirige la acción penal y, desde luego, la aportación de medios de prueba que se hayan obtenido vulnerando derechos y garantías constitucionales.

Labor de individualización que exige, además, una expresa plasmación en el razonamiento judicial -vid. al respecto, STS 306/2021, de 9 de abril-

**21.** Pues bien, en el caso, el tribunal de instancia no solo aprecia manifiesta inconsistencia fáctica y normativa en la pretensión de condena a penas graves de prisión -seis años- formulada por la acusación particular -que, además no fue apoyada por el Ministerio Público-, como presupuesto de la decisión condenatoria en costas. También destaca que lo pretendido se ha fundado sobre elementos de prueba ilícitamente obtenidos con el convenio de la parte, lo que constituye un indicador muy significativo de temeridad.

Si la infracción del principio de integridad del proceso justifica, nada más y nada menos, la expulsión de evidencias probatorias y el sacrificio de la búsqueda de la verdad, parece del todo conforme que su lesión, imputable a la parte que ejerce la acción penal, también se proyecte en la determinación de las consecuencias que pueden derivarse para las personas que han estado sometidas al proceso. Entre estas, la asunción de los costes económicos derivados del mismo.



En este sentido, no parece razonable que la persona que ha resultado absuelta de una acusación manifiestamente infundada y que, además, pretendía basarse en pruebas obtenidas por la propia parte acusadora con lesión de sus derechos fundamentales, tenga que soportar los gastos defensivos consecuentes a su indebido sometimiento al proceso.

Nuestro modelo procesal reconoce una extraordinaria y amplísima legitimación para el ejercicio de la acción penal por particulares lo que justifica, precisamente, el establecimiento de contrapesos y fórmulas de prevención y sanción del abuso y del exceso en su utilización. Entre los que se encuentra la condena en costas, cuando, además de infundada, la acción presenta rasgos indicativos de instrumentalización y abuso.

**22.** En el caso, es cierto que la jueza de instrucción, en términos *prima facie*, no identificó lesión de derechos fundamentales en la obtención y aportación de los correos por los querellantes y también lo es que la Audiencia no identificó un delito de revelación de secretos. Pero en la comparecencia preliminar del juicio que hoy nos ocupa, la sala anticipó que la objeción de ilicitud probatoria formulada por las defensas sería analizada a la luz del resultado de la prueba que se practicara. Y que este arrojó un resultado concluyente: el acceso a los contenidos de los correos corporativos de las personas acusadas carecía, manifiestamente, de condiciones de legitimidad.

El Sr. Bernardino ) se despreocupó de los límites más elementales para injerir en la vida privada de los empleados de la empresa -recuérdese, en los términos advertidos por la doctrina *BĂRBULESCU*, el carácter altamente invasivo que supone el control del contenido de las comunicaciones-. Y el resultado de su ilegítima indagación fue puesto a disposición de su esposa e hijos quienes, aprovechándose de los documentos obtenidos, interpusieron querrela, por tanto, bajo dirección letrada, haciendo caso omiso a los riesgos constitucionales que presentaban estos medios de prueba ya previamente identificados en diversas sentencias del Tribunal Constitucional -vid. SSTC 241/2012, 98/2000-.

**23.** Cuando se pretende ejercer la acción penal y mediante ella que se condene a una persona a la pérdida de su libertad y derechos, debe exigirse a la parte el mayor grado de diligencia y de buena fe en su ejercicio y de respeto al principio de integridad del proceso. Deberes que resultan claramente incumplidos cuando la acción se funda en pruebas obtenidas por la propia parte, o bajo su anuencia, de manera ilícita.

El contexto personal que envuelve en el caso el ejercicio de la acción permite identificar un alto grado de desconsideración hacia los derechos a la intimidad y a la vida privada de las personas que resultaron acusadas. Los ahora recurrentes, aunque no fueran los infractores inmediatos y no se representaran de manera directa y final la existencia de la violación, conocieron la arbitraria actuación de su padre y marido y buscaron provecho de la misma.

Su actuación en el proceso debe ser calificada de, al menos, temeraria lo que justifica sobradamente su condena en costas.

#### **CLÁUSULA DE COSTAS**

**24.** Tal como previene el artículo 901 LECrim procede la condena en costas de la parte recurrente.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup>. Leticia , D. Roque , D. Samuel , D<sup>a</sup>. Mariana y D. Segundo contra la sentencia de 21 de noviembre de 2019 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 4<sup>a</sup>).

Condenamos a los recurrentes al pago de las costas judiciales de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndolas saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.