



**DICTAMEN ACERCA DE LA EFICACIA
PROBATORIA DE PRUEBAS ILÍCITAS
CIVILES Y EL ACCESO A FUENTES DE
PRUEBA**

Jorge Segovia López

Universidad Complutense de Madrid

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal

Curso: 2020/2021

Trabajo de Fin de Grado

Tutores: Prof. Fernando Gascón Inchausti / Prof. Guillermo Schumann

Barragán

Calificación obtenida: Matrícula de Honor (10)

RESUMEN: En el presente dictamen se dará respuesta a una serie de cuestiones formuladas por el abogado del Sr. Blanco en relación con la validez probatoria de determinadas fuentes de prueba que podrían haber sido obtenidas mediante vulneración directa o indirecta de derechos fundamentales. Del mismo modo, se analizarán los mecanismos de acceso a las fuentes de prueba previstos en el artículo 283 bis LEC para los procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la Competencia.

PALABRAS CLAVE: Derecho Procesal; prueba ilícita; regla de exclusión; Falciani; Derecho de la Competencia; acciones de daños por infracción de normas de competencia; acceso a fuentes de prueba.

KEYWORDS: Civil Procedure; illegally obtained evidence; exclusionary rule; Falciani; Competition Law; antitrust damages claims; access to information and evidence.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	5
I. ANTECEDENTES DE HECHO	6
II. OBJETO	8
III. DICTAMEN	9
1. SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA	9
1.1 Concepto de prueba	9
1.2 Proposición y admisibilidad de la prueba. La prueba ilícita.....	10
1.3 Distinción entre ilicitud de la prueba e irregularidad de la actividad probatoria.....	11
1.4 Tratamiento procesal de la prueba ilícita.....	12
1.5 Criterio territorial de la ilicitud probatoria	12
1.6 Análisis de los derechos fundamentales en juego	14
a) Primera fase: la grabación de los audios por parte del Sr. Petroski.....	14
b) Segunda fase.: acceso y sustracción de los datos por el pirata informático.....	17
1.7 Examen sobre el contenido de los derechos vulnerados.....	18
1.8 Conclusiones.....	20
2. SOBRE LA POSIBILIDAD DE UTILIZAR LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA EN EL PROCESO	21
2.1 La regla de exclusión de la prueba ilícita	21
a) Regulación, origen y fundamento	21
b) Breve apunte sobre la regla de exclusión en Derecho Comparado.....	22
c) Breve apunte sobre la regla de exclusión en el ámbito europeo	23
d) European Rules of Civil Procedure.....	26
2.2 La consolidación de la regla de exclusión de la prueba en el ordenamiento español.....	27
2.3 Un cambio en la doctrina jurisprudencial: la doctrina del caso Falciani..	29
a) La STS 116/2017: un primer golpe a la regla de exclusión.....	30
b) La STC 97/2019: el Tribunal Constitucional ratifica la doctrina Falciani	32
2.4 Aplicación de la doctrina Falciani al caso objeto de dictamen.....	34
2.5 Conclusiones.....	37
3. SOBRE LAS MEDIDAS DE ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA DEL ART. 283 BIS LEC.	38

3.1	El Derecho de la Competencia en el ordenamiento comunitario	38
3.2	Responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia a la luz de la Directiva 2014/104/UE	41
3.3	Acerca de los mecanismos de obtención de pruebas previstos en el artículo 283 bis LEC	42
	a) Contenido.....	43
	b) Procedimiento	43
	c) Exhibición de pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia	44
	d) Cumplimiento y consecuencias de la obstrucción por parte del requerido	44
3.4	La relación entre el mecanismo de acceso a fuentes de prueba y la regla de exclusión de la prueba ilícita: aplicación del juicio de ponderación	45
3.5	Una última consideración: declaraciones en el marco de un programa de clemencia.....	47
	a) Programas de clemencia	47
	b) Legitimación pasiva	47
	c) Declaraciones en el marco de un programa de clemencia contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia	49
3.6	Conclusiones.....	49
IV.	RESUMEN EJECUTIVO	51
	Bibliografía	54

ABREVIATURAS

ATC: Auto del Tribunal Constitucional

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CP: Código Penal

ERCP: European Rules of Civil Procedure

FJ: Fundamento Jurídico

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LDC: Ley de Defensa de la Competencia

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TCE: Tratado constitutivo de la Comunidad Europea

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

I. ANTECEDENTES DE HECHO

A continuación, se exponen los hechos relevantes que explican la realización del dictamen.

1. HCement es una empresa alemana con sede en Heidelberg dedicada a la producción de cemento. Su director ejecutivo es el SR. Müller.
2. En 2015 sale a la luz, a través de los medios de comunicación, cierta información que da a conocer la existencia de un cartel formado por cuatro empresas, entre las que se encontraba HCement. Éste tenía por finalidad la fijación de precios en el mercado del cemento europeo. Tras la oportuna investigación de la Dirección General de la Competencia, la Comisión Europea declaró la existencia de un cartel y fijó una sanción del 10% del volumen de facturación anual a las empresas cartelizadas.
3. HCement es una de las entidades proveedoras de materiales del Sr. Blanco, empresario del sector de la construcción en España y especializado en la construcción de residencias para estudiantes en Madrid y Barcelona.
4. El Sr. Blanco al enterarse de la participación de HCement en el cartel decide ejercitar acciones de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia frente a ella al amparo de la Directiva 2014/104/UE. En concreto, pretende la condena de HCement al pago de los sobrecostes derivados de la fijación de precios.
5. Para proceder a la cuantificación de los sobrecostes que ha asumido, el Sr. Blanco requiere del conocimiento de determinada información contable y financiera de HCement
6. Belling es una agencia periodística dedicada a la investigación de este tipo de cárteles en Europa.

Esta agencia tiene a su disposición distintos audios obtenidos en reuniones privadas de los directores ejecutivos del cartel de empresas en el que participaba HCement. Uno de estos audios grabados en Alemania en la vivienda habitual de uno de los CEO contiene la declaración explícita del director ejecutivo de HCement, el Sr. Müller, fijando el porcentaje de sobrecoste.

7. Los audios fueron grabados por el Sr. Petroski, CEO de una de las empresas del cartel y asistente personal a las reuniones. La motivación de dicha actuación por parte del Sr. Petroski pareció ser su propia protección ante eventuales chantajes por parte del resto de asistentes.
8. Meses más tarde, los audios fueron extraídos del ordenador personal del Sr. Petroski por un pirata informático de nacionalidad rusa. Dichos audios fueron transmitidos a Belling con la finalidad de que fueran desvelados al público.
9. Cuando el Sr. Blanco supo de la existencia de estos audios se puso en contacto con Belling para obtenerlos y poder conocer así el sobrecoste que HCement le repercutió. La agencia de investigación accedió a la petición y le entregó los audios.
10. El Sr. Blanco acude a sus abogados para entregarles los audios y solicitarles que ejerciten las correspondientes acciones legales. Tras estudiar el asunto, los abogados dudan de la validez de los audios obtenidos por Belling como medio de prueba para fijar en un eventual proceso el sobrecoste asumido por el Sr. Blanco.

II. OBJETO

El presente dictamen tiene por finalidad dar respuesta a una serie de cuestiones suscitadas por el abogado del Sr. Blanco, en relación con la validez probatoria de las grabaciones de las que éste dispone. Las mismas serán resueltas en el contexto de un eventual proceso civil en el que se ejercitarán acciones de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia.

Las cuestiones planteadas por el abogado del Sr. Blanco son las siguientes:

1. Se pueden utilizar las grabaciones en poder de Belling como medios de prueba para fijar como cierto el sobrecoste repercutido por HCement. ¿Es una prueba que vulneró derechos fundamentales en su obtención? ¿Cuál es el canon de validez aplicable: el del lugar de obtención de la prueba o el del lugar donde la prueba ha de surtir efectos?
2. En caso de que la fuente de prueba se hubiera obtenido vulnerando derechos fundamentales, ¿estaría prohibido utilizarla en el proceso?
3. ¿Tiene alguna relevancia para el análisis la posibilidad prevista en estos procedimientos de acceder a las fuentes de prueba en el poder de la demandada (283 bis y ss)?

III. DICTAMEN

1. SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA

A continuación, paso a dar respuesta a la primera cuestión formulada. Para ello, he de ofrecer un sucinto análisis de la institución de la prueba en el proceso civil, poniendo el foco en el concepto de prueba ilícita. Expuesto con carácter general este asunto, abordaremos la cuestión relativa a una eventual vulneración de derechos fundamentales en la obtención de los audios de los que dispone el Sr. Blanco y que son objeto de dictamen.

1.1 Concepto de prueba

1. La prueba en el Derecho Procesal civil es “*aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que éste adquiriera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso*”.¹

Atendiendo a estas palabras del profesor De la Oliva, se pueden extraer ciertas notas características de la prueba en el proceso civil.

2. En primer lugar, resulta conveniente fijar la noción de actividad como elemento nuclear de la prueba procesal. Como se puede apreciar, el concepto de prueba del que trato en este momento es aquél que, como expondré más adelante, es llevado a cabo por las partes ante el tribunal con el fin de fijar los hechos como ciertos a efectos de un proceso.

3. Partiendo de lo que el profesor Carreras Llansanas denominó principios jurídico-técnicos del proceso civil español, encontramos el principio dispositivo. Este último, centra el foco del proceso en las partes que en él intervienen, otorgando a éstas una gran preponderancia en el desarrollo del mismo. Ahondando más en este principio llegamos al principio de aportación de parte, que se puede resumir en el siguiente aforismo latino: *iudex iudicet secundum allegata et probata partium* (“el juez juzgará según las alegaciones y pruebas de las partes”). Pues bien, de esta forma se ha configurado un

¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., *et al.*, *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 3ª ed., Madrid, 2016, pág. 115.

proceso civil en el que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal, corresponde a las partes alegar y probar los hechos que fundamenten sus pretensiones.²

4. Como tercera, y última, cuestión que se puede extraer de la definición de prueba procesal, nos encontramos con el denominado objeto de la prueba, esto es, aquellos elementos que pretenden ser fijados como ciertos por las partes a efectos de un proceso.

1.2 Proposición y admisibilidad de la prueba. La prueba ilícita

5. Como hemos mencionado anteriormente, el proceso civil español se construye sobre el principio de aportación de parte, por lo que recaerá sobre las partes la carga de proponer los distintos medios de prueba que consideren oportunos para defender sus pretensiones.³

6. En contraposición a lo anterior, es tarea del tribunal admitir las pruebas propuestas por las partes. No obstante, la admisibilidad probatoria está sujeta a ciertos criterios legales que la regulan. El artículo 283 LEC establece unos requisitos que deben concurrir en toda prueba propuesta por las partes, que son: *pertinencia* (guardar relación con el objeto del proceso); *utilidad* (que contribuyan eficazmente a esclarecer los hechos controvertidos); *licitud* (tanto la fuente de prueba, como la actividad probatoria deben resultar conforme a Derecho). En el mismo sentido, pese a que no se mencione en el propio artículo citado, parece claro que el cuarto requisito que debe concurrir en la prueba es el de *posibilidad*, es decir, la práctica de la prueba propuesta por la parte interesada ha de ser materialmente realizable.⁴

Una vez conocidos los requisitos que debe observar el tribunal a la hora de evaluar la admisibilidad de la prueba propuesta por las partes, podemos afirmar que aquella prueba en la que concurran los mismos deberá ser admitida por el órgano judicial, pues se trata de una garantía constitucional reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución.⁵

7. En lo que se refiere al supuesto de hecho que nos ocupa, hemos de analizar la concurrencia de la premisa de legalidad como requisito de la prueba. En concreto, tendremos que examinar si existe una vulneración de derechos fundamentales en la

² DE LA OLIVA SANTOS, A., *et al.*, *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 3ª ed., 2016, págs. 209-225.

³ En este sentido, cabe mencionar que lo que recae sobre las partes en el proceso es la *carga* de proponer la prueba y no el *deber* de hacer lo propio. La primera de éstas se refiere a la facultad de hacer algo de cuya falta de uso resulta la pérdida de dicha facultad. En cambio, el *deber* se refiere a una verdadera obligación impuesta por la ley o el órgano judicial a las partes.

⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Derecho Procesal Civil. Materiales de Estudio [Materiales de enseñanza]”, *E-prints Complutense*, Madrid, 2019.

⁵ Art. 24.2 CE: “*todos tienen derecho [...] a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*”.

obtención de los audios, lo que supondría, en principio, su exclusión como medio de prueba lícito.

Y es que, tal y como proclamó el Tribunal Supremo Federal alemán en su sentencia de 14 de junio de 1960 la verdad en el proceso no se puede obtener a cualquier precio.⁶ En nuestro ordenamiento, el Tribunal Constitucional en la STC 114/1984, de 29 de noviembre aplicó por primera vez la regla de la exclusión de las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales, al establecer que la misma ha de entenderse como una garantía procesal de los justiciables derivada directamente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la igualdad entre las partes.⁷

8. Esta última sentencia puso de manifiesto la necesidad de incorporar una norma sobre el régimen de eficacia de la prueba obtenida mediante la vulneración de derechos fundamentales.⁸ Llegamos así a la regla de la exclusión de la prueba ilícita, cuestión que resulta de gran relevancia para la elaboración del presente dictamen. Esta regla queda consagrada en nuestro ordenamiento a través del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dónde se establece lo siguiente:

“En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”

1.3 Distinción entre ilicitud de la prueba e irregularidad de la actividad probatoria

9. Expuesto lo anterior, es importante distinguir entre los conceptos de prueba ilícita y prueba irregular. No toda prueba que se haya obtenido contraviniendo lo dispuesto en el ordenamiento ha de ser considerada como prueba ilícita, y, por ende, excluida conforme al artículo 11.1 LOPJ.⁹ Solo se entiende por prueba ilícita aquella que se haya obtenido mediante la vulneración, directa o indirecta de derechos fundamentales, quedando al

⁶ BGH, 14.06.1960 - 1 StR 683/59.

⁷ STC 114/1984, de 29 de noviembre (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984; ECLI:ES: TC1984:114). En esta sentencia de la Magistratura de Trabajo se valoró como prueba la grabación de una conversación realizada por uno de los intervinientes en ésta, pero sin mediar el consentimiento del otro interlocutor.

⁸ BELLIDO PENADÉS, R., “La Prueba Ilícita y su Control en el Proceso Civil”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, págs. 77-80.

⁹ Esta concepción *stricto sensu* de la prueba ilícita queda respaldada por gran parte de la doctrina y es la que avala el Tribunal Constitucional (STC 114/1984, de 29 de noviembre). No obstante, existe cierto sector doctrinal que aboga por una interpretación más amplia del mismo concepto.

margen aquellas otras irregularidades procesales que puedan estar sometidas al régimen general de nulidad de los actos procesales, previsto en el artículo 238 LEC.¹⁰

1.4 Tratamiento procesal de la prueba ilícita

10. Sin perjuicio de las excepciones que expondré más adelante, el legislador ha establecido como regla general la exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas.

Así, el artículo 287 LEC faculta tanto al tribunal como a las partes intervinientes, para poner de manifiesto el hecho de que alguna prueba admitida en el acervo probatorio se ha obtenido vulnerando derechos fundamentales. Sin embargo, este artículo parte de la premisa de que dicha prueba haya sido admitida, dejando al margen un elenco de posibilidades que se pueden dar en la realidad procesal.

Por ello, siguiendo las palabras del profesor Gascón Inchausti, podemos distinguir entre cuatro momentos procesales distintos que pueden resultar conflictivos:¹¹

1) La prueba que se presume ilícita deberá inadmitirse en el momento de su proposición, ya sea de oficio o a instancia de parte.

2) Si ha sido admitida, no deberá practicarse. Para ello, deberá ponerse de manifiesto en el acto del juicio, antes de la práctica de la prueba.

3) Si ha sido practicada, no deberá ser valorada por el tribunal. En este caso, la argumentación del tribunal no podrá basarse en aquella prueba.

4) Si el tribunal hubiere fundado su sentencia en dicha prueba, la parte perjudicada podrá recurrir la sentencia.

1.5 Criterio territorial de la ilicitud probatoria

11. Antes de analizar si los audios que se encuentran en poder de Belling han sido obtenidos vulnerando directa o indirectamente algún derecho fundamental, hay que resolver la cuestión territorial.

Como sabemos, esta prueba quiere hacerse valer ante los tribunales españoles. Sin embargo, el origen de aquella tuvo lugar en una reunión celebrada en Heidelberg (Alemania). Por ello, es oportuno determinar cuál es el canon de validez de la prueba: el

¹⁰ ARMENTA DEU, T., *La Prueba Ilícita: (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 2011, págs. 49-52.

¹¹Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, págs. 267-268.
Cfr. BELLIDO PENADÉS, R., *op. cit.*, págs. 99-106.

del lugar donde aquella se hubiese obtenido, o el del lugar donde la prueba deba surtir efectos.

12. Ya hemos mencionado anteriormente que la ilicitud probatoria en el ordenamiento español se basa en la vulneración directa o indirecta de derechos fundamentales. Pues bien, esta norma, consagrada en el artículo 11.1 LOPJ es insuficiente a la hora de determinar cuál es el criterio territorial de la ilicitud de la prueba. Y es que, la complejidad del caso genera cierta tensión entre las distintas jurisdicciones que podrían estar involucradas en éste.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en distintas ocasiones acerca de esta cuestión.¹² La STC 91/2000, de 30 de marzo expuso lo siguiente: *“Sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal”* (FJ 8º).¹³

13. En este sentido, es bien sabido que la Constitución, y los derechos fundamentales que en ella se reconocen, vinculan a todos los poderes públicos (art. 53. 1 CE). Sin embargo, esta vinculación quiebra cuando el tribunal que va a enjuiciar los hechos es ajeno a la soberanía española. Por ello, el TC hace alusión al núcleo absoluto de los derechos fundamentales, esto es, aquel que emana directamente de la dignidad de la persona y del que no se puede disponer. Esta concepción de un contenido absoluto de los derechos fundamentales genera una proyección universal de aquellos *-ad extra-*, por lo que los tribunales españoles tendrán que aplicar el ordenamiento nacional para valorar la existencia de una injerencia en este contenido esencial del derecho fundamental con independencia del lugar donde presuntamente haya ocurrido tal lesión. (FJ 7º y 8º).¹⁴

14. A continuación, analizaremos los derechos fundamentales que podrían haberse vulnerado a la hora de obtener la fuente de prueba de la que tratamos. Tras realizar este estudio, concluiremos examinando el contenido de los audios para determinar si el mismo podría incluirse en el núcleo esencial del derecho fundamental potencialmente vulnerado.

¹² Cfr. STC núm. 91/2000, de 30 de marzo (BOE núm. 107, de 4 de mayo de 2000) [FJ 7º y 8º].

Cfr. STC núm. 43/1986, de 15 de abril (BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986) [FJ 4º].

Cfr. STC núm. 132/1991, de 17 de junio (BOE núm. 162, de 08 de julio de 1991) [FJ 4º].

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000, de 30 de marzo (BOE núm. 107, de 04 de mayo de 2000). Recientemente, el Tribunal Constitucional en la STC núm. 97/2019, de 16 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019 [caso Falciani]) recogió los argumentos expuestos en el FJ 8º para resolver la cuestión territorial de la validez probatoria.

¹⁴ *Idem.*

1.6 Análisis de los derechos fundamentales en juego

15. Llegados a este punto, paso a analizar los dos aspectos más relevantes del presente caso con el fin de determinar si la prueba se ha obtenido, o no, vulnerando derechos fundamentales. Más adelante realizaré un estudio más detallado sobre la regla de la exclusión de la prueba ilícita y sus posibles excepciones, es decir, que consecuencias procesales tiene una eventual vulneración de derechos fundamentales en la obtención de los audios.¹⁵

a) Primera fase: la grabación de los audios por parte del Sr. Petroski

16. La fuente de prueba que se plantea utilizar en el eventual proceso es el audio dónde se fija explícitamente el sobrecoste pactado por las empresas que conforman el cártel. Pues bien, para comprobar si se ha producido la vulneración de algún derecho fundamental, hemos de retrotraernos al momento en el que el audio fue grabado personalmente por el Sr. Petroski.

A primera vista, acudiendo al relato de los hechos que nos presenta el abogado del Sr. Blanco, parece claro que la actuación del Sr. Petroski podría haber vulnerado tanto el derecho al secreto de las comunicaciones como el derecho a la intimidad personal de los asistentes a las reuniones, y más en concreto, el del Sr. Müller.

17. El derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución¹⁶. Este derecho fundamental se encuentra protegido como bien jurídico tanto en vía penal, artículo 197 del Código Penal, como en vía civil, a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En este sentido, resulta conveniente destacar la gran trascendencia que tuvo la ya mencionada STC 114/1984 en cuanto al desarrollo y comprensión de este derecho, pues estableció que el secreto de las comunicaciones es oponible solo frente a terceros que no intervinieron personalmente en la comunicación. Así, en el fundamento jurídico séptimo estableció lo siguiente: “*El derecho al secreto de las comunicaciones [...] no puede*

¹⁵ Vid. *infra*, doctrina Falciani, pág. 29.

¹⁶ Art. 18.3 CE: “*Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*”. De la misma forma, este derecho se encuentra recogido en el plano supranacional a través de diversos instrumentos jurídicos (v.g. art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art.8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966). En este mismo sentido, y por la importancia que pueda tener en este dictamen, es importante señalar que la Ley Fundamental para la República Federal Alemana garantiza el secreto de las comunicaciones como derecho fundamental en el artículo 10.

oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida". En definitiva, lo que vino a introducir el Tribunal Constitucional es la idea de que no existe secreto entre los interlocutores de una misma conversación. De la misma forma, la STC 56/2003, de 24 de marzo¹⁷, vino a ratificar esta doctrina al establecer que la utilización en el proceso de una grabación realizada por la Guardia Civil bajo el consentimiento uno de los interlocutores, no vulnerará en ningún caso el derecho al secreto de las comunicaciones.

Sin embargo, no podemos afirmar que la grabación subrepticia de las conversaciones propias, y su posterior difusión, constituya siempre un acto lícito y conforme al precepto constitucional. Como hemos visto, no hay deber de secreto entre los intervinientes en una misma conversación, pero sí existe una obligación de reserva en cuanto que pudiera afectar a la intimidad de los interlocutores el contenido de aquella.¹⁸

Por lo tanto, el hecho de que el Sr. Petroski participase en la reunión, en principio no supondría una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, quedando al margen la cuestión de si se ha respetado o no la intimidad del resto de participantes.

18. El derecho a la intimidad personal y familiar se encuentra en el artículo 18.1 CE, y recibe una protección similar a la del derecho al secreto de las comunicaciones.¹⁹

El artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1982, tipifica como intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad la utilización de aparatos de escucha con el fin de conocer la vida íntima de las personas o manifestaciones no destinadas a quien haga uso de tales medios. El concepto de vida íntima, o vida privada, no está definido con exactitud, sino que ha ido evolucionando en los últimos años hacia un entendimiento notablemente amplio y

¹⁷ STC 56/2003, de 24 de marzo (BOE núm. 91, de 16 de abril de 2003): "*quien graba una conversación [propia] con otro no incurre, por este sólo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional*" (FJ 3º). En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo (v.g. STS 239/2010 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 24 de marzo de 2010 (recurso nº 705/2009).

¹⁸ Cfr. GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2019 (Lección 5ª, apartado 7 "Secreto de las comunicaciones").

Cfr. VEGAS TORRES, J., "Sobre el alcance del secreto de las comunicaciones" en *Una filosofía del derecho en acción: homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados, 2015, págs. 1609-1626.

Cfr. DÍAZ REVORIO, F. JAVIER, "El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 59, 2006, págs. 161-164.

¹⁹ Art. 18 CE: "*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*". Resulta curioso que la Ley Fundamental para la República Federal Alemana no prevea este derecho de forma autónoma. A pesar de ello, la jurisprudencia alemana tiende a ligar el derecho a la intimidad al artículo 10, referente al secreto de las comunicaciones.

garantista mediante la jurisprudencia emanada del TEDH.²⁰ Por lo tanto, a falta de una definición concreta, los tribunales han desarrollado jurisprudencialmente el contenido de este derecho.

19. Retrotrayéndonos a los orígenes del derecho a la intimidad nos encontramos con la primera definición de este concepto tan abstracto y variable.²¹ Actualmente, nuestros Tribunales tienden a ligar el concepto de intimidad con el de vida privada,²² concepto que da cabida a un amplio elenco de realidades y que constituye un *numerus apertus*.²³

20. No obstante, para la correcta resolución de este dictamen habrá que examinar la importancia de la denominada “intimidad económica”. Parece claro que el contenido de los audios versa exclusivamente sobre datos económicos (datos sobre contabilidad empresarial, porcentaje de fijación de precios, etc.). Estos datos podrían revelar información sobre las distintas empresas que conforman el cartel, pero de ningún modo atacaría la intimidad de los asistentes a la reunión. En este sentido, es importante destacar que las empresas, como personas jurídicas, carecen del derecho fundamental a la intimidad.²⁴ En cualquier caso, la valoración del contenido de los audios nos lleva rápidamente a descartar la posible vulneración del derecho a la intimidad en tanto no se refiere a ninguna circunstancia de la vida privada de los sujetos intervinientes en la conversación.

21. Así las cosas, si analizamos la actuación del Sr. Petroski y la contextualizamos en el marco descrito, llegamos a la conclusión de que no se ha vulnerado el derecho a la intimidad, pues, por un lado, el contenido de los audios no se puede circunscribir al

²⁰ Cfr. *Caso Niemietz contra Alemania*, de 16 de diciembre de 1992.

Cfr. *Caso López Ostra contra Reino de España*, de 9 de diciembre de 1994.

Cfr. *Caso Guerra y otros contra Italia*, de 19 de febrero de 1998.

Cfr. *Asunto Haddad v. España*, de 18 de junio de 2019.

²¹ Sus orígenes se remontan al año 1890 en el que los juristas norteamericanos Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis publicaron el artículo *The Right to Privacy*. D. WARREN, S; D. BRANDEIS, L., “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. 4.

²² Vida privada es un concepto más amplio que intimidad. En cuanto a la interpretación de este último, los órganos judiciales nacionales están fuertemente influidos por la jurisprudencia emanada del TEDH, en relación con la interpretación del artículo 8 CEDH: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”.

²³ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 32, 2016, págs. 410-422.

²⁴ STC 137/1985, de 17 de octubre (BOE núm. 268, de 08 de noviembre de 1985): “*el derecho a la intimidad [...] se refiere a la vida privada de las personas individuales [...] sin que en principio las personas jurídicas, como las Sociedades Mercantiles, puedan ser titulares del mismo*” (FJ 2º).

ámbito de protección del concepto de vida privada, y por otro, el Sr. Petroski sí era uno de los destinatarios del mensaje grabado.

b) Segunda fase.: acceso y sustracción de los datos por el pirata informático.

22. Una vez examinada la primera fase controvertida en lo referente a la obtención de la fuente de prueba, pasamos a revisar la segunda cuestión relevante. En este caso, también nos vamos a encontrar el secreto de las comunicaciones y la intimidad personal como bienes jurídicos protegidos.

23. Los audios son extraídos del ordenador personal del Sr. Petroski por un hacker ruso. Como hemos visto unas líneas más arriba, la obtención de los audios por parte del Sr. Petroski no constituía una vulneración del secreto de las comunicaciones de los demás asistentes, pues no existe secreto entre los interlocutores. Sin embargo, la obtención de estos audios por parte de un tercero (hacker ruso) empleando medios fraudulentos para tal fin, sí constituiría una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.²⁵ En este sentido, es importante señalar que la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones se producirá de forma independiente a la consideración del contenido del mensaje como íntimo o privado. Y es que, como señalaba el Tribunal Constitucional en la ya mencionada STC 114/1984: “*el concepto de «secreto» en el art. 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado*” (FJ 7º).

24. Una vez constatada la vulneración del secreto de las comunicaciones, pasamos a abordar la afectación a la intimidad del Sr. Petroski.

Ya hemos indicado que el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE ha sido objeto de una amplia y evolutiva interpretación por nuestros tribunales a la luz de la jurisprudencia emanada del TEDH en relación con el derecho a la vida privada.

Pues bien, para determinar si los datos que obran en un ordenador personal pueden quedar amparados por el derecho a la intimidad, me apoyaré en la STC 173/2011, de 7 de

²⁵Aunque la conducta constituya una vulneración del secreto de las comunicaciones con independencia de su consideración como un hecho delictivo, la circunstancia de que aquella se pueda subsumir en un tipo del Código Penal viene a reforzar esta idea. CP art. 197: “*El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales [...]*”.

noviembre.²⁶ Esta sentencia pone de manifiesto la evolución jurisprudencial del derecho a la intimidad y como éste ha ido abarcando una diversidad de informaciones concernientes a la salud de las personas, su situación económica, o los datos de los contribuyentes. Tras analizar estas cuestiones, se pone en relación la información citada con el soporte donde aquella se puede almacenar, concluyendo de forma tajante con lo siguiente: *“Si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados, a que se ha hecho referencia anteriormente, están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional [...] forma parte de este mismo ámbito”* (FJ 3º).

El ordenador en el que estaban almacenados los audios del Sr. Petroski era de uso personal, por lo que tenía información de todo tipo relativo a su vida privada. Por ello, aunque el contenido de los audios no constituya directamente una vulneración de su derecho a la intimidad, sí lo será la intromisión a su ordenador personal para su obtención.

25. Una vez examinada esta segunda fase, parece claro que la forma en que se obtienen los audios que se pretenden aportar al acervo probatorio constituye una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y del derecho a la intimidad del Sr. Petroski, por lo que, en un principio sería aplicable la regla de exclusión de la prueba ilícita promulgada en el artículo 11.1 LOPJ.

1.7 Examen sobre el contenido de los derechos vulnerados

26. Como apuntamos unas líneas más arriba, la naturaleza internacional del caso nos obliga a realizar un examen sobre el contenido de los derechos fundamentales vulnerados para determinar si dicha vulneración ha afectado, o no, a su núcleo esencial.²⁷

27. El derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad personal y familiar, como distintas variantes de un concepto más amplio -vida privada-, se deben poner en relación con el artículo 10.1 CE. Este precepto constitucional establece que los derechos fundamentales emanan de la propia dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha establecido que estos

²⁶ STC 173/2011, de 7 de noviembre (BOE núm. 294, de 07 de diciembre de 2011).

²⁷ Vid. *Supra.*, Criterio territorial de la ilicitud probatoria, págs. 12-13.

derechos no tienen un carácter absoluto, sino que éste mutará conforme a la realidad social y costumbres de la sociedad, es decir, tiene un carácter variable.²⁸

Esta concepción de variabilidad de los derechos fundamentales ha de que ser contrastada con lo dispuesto en el artículo 53 CE, donde se introduce la idea de un contenido esencial de estos derechos.²⁹ Pese a la profusa controversia que existe en la doctrina acerca de lo que se debe entender por el concepto de contenido esencial del derecho fundamental, y sobre todo acerca de su fundamento, partimos de la base de que este contenido es preexistente a la propia ley. El núcleo del derecho fundamental es aquella parte del propio derecho sobre la cual nadie puede disponer, pues emana directamente de la dignidad humana y constituye la razón de ser del propio derecho.³⁰

28. Por otra parte, si partimos de la premisa de que existe un contenido esencial del derecho fundamental, llegamos a la conclusión de que existe una parte del derecho fundamental que no se adhiere a esta idea, sino que tiene un carácter accidental y variable.³¹

Determinar si la vulneración del derecho fundamental a la intimidad³² del Sr. Petroski forma parte, o no, del contenido esencial de este derecho, nos llevará a escoger un criterio de validez probatoria conforme al ordenamiento nacional o extranjero, respectivamente.

29. Analizando el caso desde una perspectiva externa podríamos llegar a la conclusión de que, pese a que exista una vulneración del derecho fundamental a la intimidad del Sr. Petroski, ésta no afectaría al núcleo esencial de este derecho, pues el contenido de los audios que se pretende aportar al proceso se reduce a cierta información de carácter económico y empresarial. En este sentido, la doctrina jurisprudencial ha señalado que la denominada “intimidad económica” recibe en nuestro ordenamiento una protección más laxa que la que pudiera otorgarse a otros aspectos de la intimidad, como podrían ser datos que revelen condiciones sexuales, ideologías, o enfermedades de la persona.

²⁸ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *op. cit.*, págs. 414-418.

²⁹ Art. 53 CE: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial [...]”.

³⁰ GARCÍA ROCA, J., *op. cit.*, (Lección 1ª, apartado 2.3. “El contenido esencial de los derechos y su determinación”).

³¹ *Idem.*

³² Intimidad en un sentido amplio, es decir, abarcando el derecho a la intimidad personal y familiar, por una parte, y por otra, el derecho al secreto de las comunicaciones.

Sin embargo, si damos por cierto el anterior razonamiento estaríamos incurriendo en un error, pues estaríamos reduciendo el núcleo esencial del derecho a la intimidad al mero examen del contenido fáctico de los audios. Y es que, lo realmente importante en el estudio de este caso no es el contenido de los audios en sí, sino la forma en la que se accede a ellos. Como bien sabemos, los audios fueron extraídos del ordenador personal del Sr. Petroski por un hacker ruso, por lo que es innegable que, aun habiendo accedido y extraído únicamente los audios en cuestión, ha tenido un potencial acceso al resto de información de carácter íntimo que se contiene en el ordenador. También sabemos que la información que se contiene en un ordenador personal queda, sin lugar a duda, amparada por el derecho a la intimidad.³³ Por lo tanto, podemos afirmar que, con independencia de cuál sea el contenido de los audios, el hecho de haber accedido de forma fraudulenta al ordenador personal del Sr. Petroski supone una afectación al núcleo esencial del derecho a la intimidad.

1.8 Conclusiones

30. Una vez estudiados los aspectos más relevantes de la prueba obtenida mediante vulneración de derechos fundamentales en el ordenamiento español, y los eventuales derechos fundamentales vulnerados en la obtención de los audios en poder de Belling, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Las grabaciones que se encuentran en poder de Belling han sido obtenidas mediante la vulneración del derecho fundamental a la intimidad del Sr. Petroski. Esta vulneración no se produjo en la primera fase de su obtención (grabación de los audios por parte del Sr. Petroski), sino en la segunda fase (acceso y sustracción de los datos por el hacker).
- Desde la perspectiva nacional que ahora nos interesa, el canon de ilicitud de la prueba dependerá de que se haya afectado, o no, el contenido esencial del derecho fundamental vulnerado.
- En el presente caso consideramos que sí ha habido una afectación del núcleo esencial del derecho fundamental vulnerado. Por tanto, los tribunales españoles deberán aplicar el Derecho propio para valorar las consecuencias procesales que pudieran

³³ *Vid. Supra.*, págs. 17-18.

surgir de la obtención de la fuente de prueba mediante vulneración de derechos fundamentales.

2. SOBRE LA POSIBILIDAD DE UTILIZAR LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA EN EL PROCESO

Tras analizar las anteriores cuestiones, se ha llegado a la conclusión de que la prueba que se halla en poder de Belling ha sido obtenida mediante una vulneración directa del derecho a la intimidad del Sr. Petroski. Sentada tal afirmación, paso a dar respuesta a la segunda pregunta consistente en la posibilidad de utilizar la prueba mencionada en un eventual proceso. Para ello analizaré cuales son las consecuencias procesales de la utilización de la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales en el proceso civil.

2.1 La regla de exclusión de la prueba ilícita

a) Regulación, origen y fundamento

31. Como ya se adelantó anteriormente, la regla de exclusión queda consagrada en el artículo 11.1 LOPJ, donde se establece que: “[...] *No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.*”

32. El origen de esta regla la encontramos en el Derecho norteamericano. En el año 1886, la *U.S Supreme Court* aplicó de forma primigenia la *exclusionary rule* en el caso *Boyd v. United States*.³⁴ Además, en esta paradigmática sentencia vinculada con la IV Enmienda de la Carta de Derechos de los EE. UU. (*Bill of Rights*), la Corte Suprema vino a prohibir los registros domiciliarios efectuados por las fuerzas policiales sin causa legítima.³⁵

33. El Tribunal Constitucional español desarrolló la regla de exclusión en la ya mencionada STC 114/1984, de 29 de noviembre. En esta sentencia se ligó la necesidad de incorporar la regla de exclusión en el ordenamiento español y ponerla en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). De esta forma, estamos ante una

³⁴ *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

³⁵ Bill of Rights. Amendment IV: “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*”.

garantía procesal que, integrada en el derecho fundamental, tiene naturaleza constitucional.³⁶

34. Como se puede apreciar, la regla de exclusión de la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales responde, aunque no de forma exclusiva, a la necesidad de limitar el campo de actuación del Estado frente a los ciudadanos.

Sin embargo, esta regla no cabe predicarse únicamente respecto de la actuación del Estado, sino que también es oponible frente a particulares: “*. Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales*” (FJ 4º STC 114/1984).

35. Por otra parte, la regla exclusión también se asienta sobre la necesidad de otorgar una posición preeminente a los derechos fundamentales dentro de nuestro ordenamiento. Solo de esta forma se puede garantizar el correcto funcionamiento del Estado de Derecho. Este último es, tal vez, el fundamento esencial de la exclusión de la prueba ilícita en el sistema continental.³⁷

b) Breve apunte sobre la regla de exclusión en Derecho Comparado

36. De la misma manera que ocurre en el ordenamiento español, los ordenamientos procesales de los demás Estados prevén unos criterios de ilicitud probatoria de naturaleza flexible.

37. Así, y centrándonos de nuevo en el origen de la *exclusionary rule*, el ordenamiento estadounidense aborda la cuestión de la prueba ilícita desde una perspectiva diferente a la de los países continentales. Ya hemos visto que el fundamento de la *exclusionary rule* se asienta en la protección de las diversas Enmiendas que conforman su texto constitucional. Estas normas, en última instancia, regulan cuestiones procesales relativas a la obtención de pruebas.³⁸ Esta protección se concibe no tanto como derechos

³⁶ MIRANDA ESTRAMPES, M., “La Prueba Ilícita: la Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 22, 2010, págs. 4-6.

³⁷ PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita: un concepto todavía por definir”, *La Ley Probática*, núm. 1, 2020, págs. 1-2.

³⁸ V.g. Amendment IV (*vid. Supra*, pág. 21); Amendment V: “*No person shall be held to answer for a capital [...] nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law [...]*”; Amendment XIV: “[...] *No state shall make or*

individuales de los ciudadanos, sino como un límite a la actuación de los agentes públicos. Esto es lo que se conoce como *deterrent effect*, es decir, un efecto disuasorio para la actuación ilícita de los agentes de la autoridad en la obtención de pruebas. Es por ello que la exclusión probatoria en el ordenamiento estadounidense está prevista únicamente en procesos penales, y no en civiles, ya que en estos últimos no es necesario garantizar el efecto disuasorio de las autoridades.³⁹

38. Por otra parte, la jurisprudencia francesa ha abordado la exclusión de la prueba ilícita desde una perspectiva tripartita. Así, se establecen tres distintas vías que, por regla general, conducirán a la exclusión de la prueba en cuestión. Tal y como señala el profesor Gascón Inchausti, una primera vía estaría constituida por la infracción del deber de lealtad (*loyauté*), lo que conllevaría la exclusión de las pruebas obtenidas de forma subrepticia. La segunda vía sería la vulneración de los derechos fundamentales asociados a la privacidad. Por último, se excluiría la prueba obtenida mediante infracción de los secretos protegidos por el ordenamiento (v.g. secreto bancario). Todo ello sin perjuicio de las excepciones que la propia jurisprudencia francesa prevé para tales vías.⁴⁰

39. Para finalizar con el estudio comparado sobre la exclusión de la prueba ilícita, y por la importancia que pudiere tener para el dictamen, haré mención de lo propio en el ordenamiento alemán. En éste, las prohibiciones probatorias se centran en la producción del material probatorio y en la prohibición de valoración de aquel. Conviene dejar claro que la vulneración de una prohibición de producción de material probatorio no acarrea *per se* la prohibición de utilización en el proceso de éste, pues ello sólo podrá producirse mientras exista una disposición legal que así lo establezca, o tras la aplicación de la *teoría de ponderación de intereses*.⁴¹

c) *Breve apunte sobre la regla de exclusión en el ámbito europeo*

40. La jurisprudencia del TEDH ha repetido en numerosas ocasiones⁴² que no entra en las competencias de este tribunal la valoración y el juicio sobre la admisibilidad de las pruebas potencialmente ilícitas, pues no existe una norma dentro del Convenio Europeo

enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law [...]".

³⁹ Cfr. ARMENTA DEU, T., *op. cit.*, págs. 29-34.

Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., "La prueba ilícita en el proceso civil, entre la exclusión y la ponderación" en ASENCIO MELLADO, J. (dir), *Derecho Probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2020, págs. 786-787.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ ARMENTA DEU, T., *op. cit.*, págs. 53-56.

⁴² *Vid.* STEDH Sentencia 10862/84, *Caso Schenk c Suiza*, de 12 de julio de 1988.

de Derechos Humanos que regule tal cuestión.⁴³ Por lo tanto, en principio, se deja en manos del Derecho interno de cada Estado la cuestión concerniente a la ilicitud probatoria.

Ahora bien, el hecho de que el TEDH no entre a valorar la cuestión sobre la prueba ilícita por ser competencia exclusiva de los Estados, no quiere decir que el mismo sea del todo ajeno a este debate. Y es que, el TEDH no es garante de que los órganos judiciales de los distintos Estados respeten su propio ordenamiento,⁴⁴ sino que entrará a valorar el respeto que aquellos tengan respecto de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio.⁴⁵

41. En lo que nos interesa, la función de este Tribunal es garantizar que el proceso previo que se ha llevado a cabo ante la jurisdicción interna de cada Estado ha respetado el derecho a un proceso justo consagrado en el artículo 6 CEDH. No entra a valorar, por ejemplo, si una determinada prueba obtenida mediante la vulneración del derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 8 del Convenio, debe admitirse o excluirse, sino que hará una valoración del proceso en su conjunto para determinar si éste fue equitativo.⁴⁶

Por lo tanto, la vulneración de aquel derecho no deriva inexorablemente en la quiebra de la igualdad procesal entre las partes. En este caso, habrá de realizar un juicio de ponderación de intereses para determinar si la valoración de la prueba obtenida vulnerando el derecho a la vida privada constituye, a su vez, una ruptura del derecho a un proceso con todas las garantías.⁴⁷

42. En relación con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, encontramos una aportación interesante para la resolución del presente dictamen en el asunto Puškár.⁴⁸ En

⁴³ Cfr. ARMENTA DEU, T., “Prueba ilícita y regla de exclusión: perspectiva subjetiva” en ASENCIO MELLADO, J. (dir), *Derecho Probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2020, pág. 136 [El artículo 6 del Convenio garantiza el derecho a un proceso justo. Sin embargo, no se establece ninguna norma que regule la admisión y valoración de la prueba ilícita, o su inadmisión.].

⁴⁴ Ello merece una matización. Es cierto que el TEDH no entra a valorar las lesiones que eventualmente se hayan producido en el Derecho interno. Sin embargo, cuando esa lesión pueda afectar al derecho a un proceso justo del artículo 6 del Convenio, el TEDH sí tendrá que pronunciarse al respecto. Como se puede apreciar, esta idea nos redirige a la premisa inicial: el TEDH solo se pronunciará respecto de las vulneraciones de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio.

⁴⁵ SÁNCHEZ YLLERA, I., “La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013, págs. 5-15.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Asunto C-73/16 – Puškár, (ECLI:EU:C:2017:725).

éste, el TJUE se pronuncia sobre una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo eslovaco acerca de la interpretación de los artículos 7, 8 y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁴⁹

Los hechos del caso versan sobre la demanda interpuesta por el Sr. Puškár contra la autoridad fiscal eslovaca. Éste pretendía la eliminación de sus datos de una lista en la que se contenía información fiscal y personal de centenares de personas consideradas como testafierros. El Sr. Puškár aportó esta lista como prueba en el proceso que tuvo lugar en la República Eslovaca. Lo controvertido del caso fue que dicha lista tenía un carácter confidencial, por lo que solo se podía acceder a ella mediante autorización por parte de las autoridades eslovacas. Sin embargo, el Sr. Puškár accedió a ella sin contar con la aquiescencia de las autoridades, por lo que se entendió que dicha fuente de prueba constituía, en principio, una prueba ilícita.

43. El TJUE parte de la premisa de que la prueba que se pretende aportar es útil para fijar como ciertos a efectos del proceso los hechos sobre los que se basan las pretensiones del demandante. Por ello, analiza el caso desde la perspectiva de cómo afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva del demandante el hecho de que se inadmitiera la lista controvertida.⁵⁰

Finalmente, el tribunal dirime la controversia al establecer que la prueba aportada al proceso, aun constituyendo una prueba ilícita, ha de ser admitida. Lo que más nos interesa para nuestro caso es la argumentación que expone el Tribunal. Éste se basa en un criterio de proporcionalidad, es decir, realiza un examen de los intereses y derechos en juego para determinar así cuales han de prevalecer sobre el resto: el derecho de defensa de la parte o el derecho fundamental vulnerado en la obtención de la prueba.⁵¹

En palabras del profesor Gascón Inchausti, la trascendencia que esta sentencia podría tener en el ordenamiento español se puede resumir de la siguiente forma:

“[...] de la sentencia Puškár se deduce que a juicio del Tribunal de Justicia, al menos cuando está en juego la tutela de derechos subjetivos reconocidos

⁴⁹ Derecho a la vida privada y familiar, derecho de protección de datos de carácter personal y derecho a la tutela judicial efectiva, respectivamente.

⁵⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., “La prueba ilícita en el proceso civil...”, *op. cit.*, págs. 790-796.

⁵¹ *Idem.* [Primero se establece unas causas que potencialmente podrían justificar la inadmisión de la prueba al acervo probatorio (v.g. los derechos fundamentales de las otras personas que se identifican en la lista, o la tutela del interés general encomendado a las administraciones públicas). Finalmente, se ponen en relación con los derechos del demandante para determinar hasta qué punto limitaría el derecho a la tutela judicial efectiva de éste la inadmisión de la prueba que pretende hacer valer.]

por el Derecho de la Unión, los problemas que genera la inadmisión de pruebas obtenidas de forma antijurídica deben abordarse con arreglo a esquemas de proporcionalidad y no en términos absolutos de exclusión, como se deduce del tenor literal del artículo 11.1 LOPJ.” (Gascón Inchausti, 2020).⁵²

d) European Rules of Civil Procedure⁵³

44. Llegados a este punto, es de interés examinar el carácter flexible de la regla de exclusión en las *European Rules of Civil Procedure -ERCP-*. Estas son un conjunto de normas aprobadas en el año 2020 por el European Law Institute y UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) que tienen por finalidad la creación de un modelo de proceso civil potencialmente aplicable en distintos ordenamientos procesales en el plano internacional. Aunque se trata de un instrumento de *soft law*, las *ERCP* son de interés para el presente dictamen, pues en ella se condensa la tradición procesal europea en la materia.

45. El contenido de este instrumento resulta útil para la clarificación y resolución del presente caso, sobre todo la regla 90, donde se dispone lo siguiente:

Rule 90. Illegally Obtained Evidence

(1) Except where Rule 90(2) applies, illegally obtained evidence must be excluded from the proceedings.

(2) Exceptionally, the court may admit illegally obtained evidence if it is the only way to establish the facts. In exercising its discretion to admit such evidence the court must take into account the behaviour of the other party or of non-parties and the gravity of the infringement.

El apartado uno establece la regla general de exclusión de la prueba ilícita, pero, a su vez, reconoce de forma expresa la existencia de una excepción. De este modo, se determina que esta regla no opera de modo automático y taxativo, sino que habrá de analizarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar la procedencia de su aplicación.

Haciendo hincapié en el segundo apartado, podemos observar una serie de requisitos exigidos para la observancia de la excepción. En primer lugar, se alude a la imposibilidad de fijar los hechos a través de otros elementos probatorios. Por otro lado, también se hace

⁵² *Idem.*, pág. 795.

⁵³ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, Núm. 1, 2021, págs. 277-297. [Las *ERCP* parten de un modelo de proceso basado en los conceptos de cooperación, de proporcionalidad y de gestión activa del procedimiento. De la misma forma, reviste cierta importancia para la elaboración del presente dictamen el hecho de que entre estas normas se prevea un mecanismo eficiente de acceso a fuentes de prueba en poder de las demás partes y de terceros].

referencia a la propia intención de la contraparte en el proceso, así como a la entidad de la infracción.

46. Las circunstancias incluidas en el apartado segundo del precepto son aplicables al presente caso. Sin embargo, la exigencia de que carezca el demandante de otros elementos con los que probar sus pretensiones, podría ir en perjuicio del Sr. Blanco. Tal y como veremos a continuación, la legislación europea en el ámbito del Derecho de la Competencia ha establecido ciertos cauces legales que podrán seguir los perjudicados por prácticas empresariales anticompetitivas, con el fin acceder a las fuentes de prueba que no estén a su disposición.⁵⁴

A simple vista, parece que el Sr. Blanco dispone de otros medios para probar el sobrecoste repercutido por HCement, por lo que su situación no podría subsumirse en esta excepción a la regla de exclusión proclamada en las *European Rules of Civil Procedure*. Volveremos sobre ello más adelante.⁵⁵

47. Como ya he mencionado, este instrumento carece de fuerza vinculante para los Estados, pero su valor como criterio interpretativo es crucial para la armonización del Derecho Procesal Civil Europeo y desarrollo del nacional conforme a los estándares europeos.

2.2 La consolidación de la regla de exclusión de la prueba en el ordenamiento español

48. Antes de abordar la jurisprudencia más reciente y determinante para la resolución del caso, hay que hacer un análisis sobre la sentencia que sentó las bases de la regla de exclusión de la prueba ilícita: Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre.⁵⁶

49. La situación en 1984 era, sin duda, más complicada que la actual. La inexistencia de cualquier antecedente en el Derecho interno referido a la exclusión de la prueba ilícita, unido a la ausente legislación en la materia, llevó al Tribunal

⁵⁴ Vid. LEC, Libro II, Título I, Capítulo V, Sección 1ª BIS [“Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho a la competencia”]

⁵⁵ Vid. *Infra.*, págs. 38 y ss.

⁵⁶ Estas bases son recogidas en los AATC 173/1984, de 21 de marzo (ECLI:ES:TC:1984:173A) y 289/1984, de 16 de mayo (ECLI:ES:TC:1984:289); y culminó en la STC 114/1984, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TC: 1984:114).

Constitucional a elaborar una teoría de la exclusión de la prueba ilícita basada en el Derecho comparado.⁵⁷

Así las cosas, el Tribunal estableció lo que serían las directrices que se habrían de seguir a la hora de determinar la prohibición de uso de la prueba ilícitamente obtenida:⁵⁸

1º) *“No existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico”* (FJ 2º). Por lo tanto, podemos afirmar que la necesidad de excluir la prueba ilícitamente obtenida no deriva del propio derecho fundamental vulnerado, sino de la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico.

2º) *“[C]onstatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución)”* (FJ 5º). Ello nos indica que la vulneración de los derechos fundamentales habrá de ponerse en relación con las garantías propias del proceso y, sobre todo, con el derecho fundamental a la igualdad en el ámbito procesal.

3º) *“[L]a admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía [...] de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales [...]”* (FJ 4º). Esta afirmación del tribunal niega la necesidad de llevar a cabo un juicio de ponderación cuando la vulneración se haya producido sobre un derecho fundamental. Este es un argumento muy discutido, y sería el propio

⁵⁷ Por la fecha, las resoluciones que existían en los países de nuestro entorno acerca de esta materia eran aún escasas. Ello obligó a tomar como referencia la jurisprudencia estadounidense, lo que complicó más las cosas, pues se trata de un sistema jurídico notablemente distinto al nuestro.

⁵⁸ Los fundamentos jurídicos que expondré a continuación son aquellos que se contienen en la STC 114/1984, de 29 de noviembre.

TC quien rompa con esta consideración en resoluciones posteriores al establecer que no se podrá seguir una regla fija, automática y no sujeta a valoraciones a la hora de determinar su admisibilidad en el proceso, ni aun tratándose de derechos fundamentales.

50. En definitiva, lo que se vino a establecer en esta sentencia fue la relación entre la necesidad de excluir la prueba obtenida mediante la vulneración directa o indirecta de derechos fundamentales con los derechos procesales del artículo 24. 2 CE y con la igualdad de las partes del artículo 14 CE. Por tanto, la regla de exclusión de la prueba ilícita constituye una garantía autónoma de estos últimos derechos.⁵⁹

Cabe traer a colación un último matiz sobre esta paradigmática sentencia. Y es que, pese su reconocida trascendencia en el ámbito de la ilicitud probatoria, lo que realmente se desarrolló en aquella fue el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. La voluntad del Tribunal en esta ocasión no iba dirigida a sentar las bases doctrinales sobre la regla de exclusión de la prueba ilícita, sino a delimitar y consagrar el contenido esencial del secreto de las comunicaciones. Sin embargo, es innegable que, aun abordándolo de forma tangencial, supuso un hito en materia de ilicitud probatoria.⁶⁰

2.3 Un cambio en la doctrina jurisprudencial: la doctrina del caso Falciani.

51. La interpretación de la regla de exclusión del art. 11 LOPJ ha sido objeto de reciente revisión por parte del TS y TC en la STS 116/2017, de 23 de febrero y STC 97/2019, de 16 de julio, en el conocido como asunto Falciani.⁶¹

52. Para comprender mejor los nuevos criterios que se establecieron en materia de ilicitud probatoria a raíz del caso Falciani, es necesario contextualizar la situación a través de un breve resumen de los hechos que lo motivaron:

Hervé Falciani, extrabajador del *HSBC Private Bank*, logró sustraer del mismo una lista con datos de miles de evasores fiscales de todas las nacionalidades, entre los que se

⁵⁹ ASENCIO MELLADO, J. M., “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”, *Diario La Ley*, núm. 9499, 2019, págs. 6-7.

⁶⁰ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Algunas ideas sobre la prueba ilícitamente obtenida” en ASENCIO MELLADO, J. (dir), *Derecho Probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2020, págs. 577-579.

⁶¹ Cfr. SAP 280/2016, de 29 de abril (Sección 23, Recurso: 1498/2015; ECLI: ES: APM:2016:3742). Cfr. STS 116/2017, de 23 de febrero (Sala de lo Penal, Sección 1ª, Recurso: 1281/2016; ECLI: ES:TS:2017:471).

Cfr. STC 97/2019, de 16 de julio (recurso de amparo núm. 1805-2017; ECLI:ES:TC:2019:97).

encontraba los del acusado, “Dario”. Este documento llegó a manos de las autoridades francesas tras haber procedido a la detención del Sr. Falciani.

Ante esta situación, la Agencia Española de Administración Tributaria (AEAT) requirió a la Dirección General de Fianzas públicas de la República Francesa información sobre los contribuyentes sujetos a la soberanía fiscal española, al amparo de un Convenio de Cooperación suscrito por ambos Estados, relativo a la doble imposición y a la prevención del fraude fiscal.

Una vez se encuentran los datos del acusado en poder de la AEAT, se procede a contrastarlos con aquellos otros datos que ya poseían, lo que finaliza con la incoación de un proceso penal contra Dario, el investigado.

Tras estudiar los elementos a los que a continuación haremos referencia, los tribunales nacionales terminaron por admitir la denominada “lista Falciani” como prueba de cargo contra el acusado, declarando al imputado como culpable de dos delitos contra la Hacienda Pública.

a) La STS 116/2017: un primer golpe a la regla de exclusión

53. Es importante señalar que, aunque la doctrina jurisprudencial del caso Falciani se desarrolló en el seno de un proceso penal, de ella pueden extraerse elementos aplicables al proceso civil. Y, con ello, ciertos argumentos que nos ayudarán a determinar si los audios que se hallan en poder de Belling podrían ser utilizados por el Sr. Blanco.

54. La STS 116/2017, de 23 de febrero, supuso un antes y un después en lo que a la prueba ilícita se refiere. En la actualidad, el estudio de la regla de exclusión proclamada en el artículo 11.1 LOPJ debe hacerse a la luz de esta sentencia, y de su posterior ratificación por parte del Tribunal Constitucional.⁶²

Con esta sentencia, el Tribunal Supremo introdujo una interpretación novedosa de la regla de la exclusión de la prueba ilícita, que no exenta de crítica en la doctrina.

55. El Tribunal parte de la premisa de que la regla de exclusión no puede operar de forma automática, sino que habrán de ponderarse una serie de circunstancias que permitan dilucidar caso a caso la conveniencia o no de su aplicación.

⁶² Como se verá a continuación, la sentencia del Tribunal Constitucional introdujo unos elementos novedosos, a la par que controvertidos, en materia de ilicitud probatoria.

En este sentido, el fundamento jurídico sexto de la STS 116/2017, de 23 de febrero parte desde una perspectiva estatal de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. El derecho a un proceso con todas las garantías, del que forma parte el principio de exclusión de la prueba ilícita, está previsto fundamentalmente como una limitación a la actividad del Estado. En este sentido, se pone el foco en las acciones vulneradoras de derechos fundamentales y libertades por parte de los agentes de la autoridad que integran el poder estatal, situando estas vulneraciones en un plano inexorablemente más lesivo que aquellas provenientes de los particulares que actúen totalmente inconexos con el *ius puniendi* estatal. Esta idea queda expresada de forma nítida en la propia sentencia (FJ 6º): “*la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado [...] nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del ius puniendi, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba*”.

Para reforzar esta idea, se hace mención del caso *Burdeau v. McDowell*, donde la Corte Suprema de EE. UU. admitió las pruebas obtenidas por particulares como una excepción a la *exclusionary rule*.⁶³

56. Ahora bien, la obtención de pruebas por particulares no supone la inaplicación de la regla de exclusión en todo caso, sino que se exige el análisis de la conducta subjetiva del que actúe en la obtención de aquellas. Esta exigencia se traduce en la no predisposición por parte del particular de hacer acopio de material probatorio en vistas a un eventual proceso.

En línea con lo anterior, el Tribunal exige una completa desconexión entre el particular que haya obtenido la prueba y el Estado. Así queda establecido en el referido fundamento jurídico sexto.⁶⁴ De esta forma, el Tribunal estaría atacando el fundamento original de la

⁶³ *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921).

⁶⁴ Vid. FJ 6º: “*La Sala entiende que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible*”.

En este sentido, resultan interesantes las palabras del Magistrado del Tribunal Supremo Manuel Marchena: “*La idea de que toda prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales desencadena un efecto invalidante que erosiona los principios estructurales del proceso, actúa como presupuesto del análisis. Pero ello no es obstáculo para propugnar por un tratamiento jurídico singularizado de aquellos casos en los que la fuente de prueba no está conectada con los poderes públicos llamados al ejercicio del ius puniendi. Esta idea [...] impregna toda la línea argumental que da vida a la sentencia y está en el núcleo de la decisión convalidante*”. Vid. MARCHENA GÓMEZ, M., “Prueba ilícita y reglas de exclusión: los matices introducidos por la Sala Penal del Tribunal Supremo en la Sentencia 116/2017, de 23 febrero (Caso

regla de exclusión proclamada en el artículo 11.1 LOPJ, que pasaría de ser la necesaria protección del derecho fundamental violado a una simple garantía instrumental consistente en la limitación de los poderes del Estado a la hora de obtener material probatorio.⁶⁵

b) La STC 97/2019: el Tribunal Constitucional ratifica la doctrina Falciani

57. Como sabemos, frente a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo se interpuso un recurso de amparo constitucional. Este recurso fue desestimado por parte del Tribunal Constitucional bajo el razonamiento que a continuación se expone.

58. Centrándonos ahora en los argumentos con los que el Tribunal avaló la recepción y valoración de la lista Falciani, pasamos a examinar el fundamento jurídico segundo. En este apartado, el Tribunal hace mención de los principios generales de la prueba ilícita que se consagraron en la referida STC 114/1984.⁶⁶

En primer lugar, el Tribunal parte de la base de que la regla de exclusión tiene un fundamento constitucional y que la misma constituye una garantía objetiva en el sistema de derechos fundamentales. Sin embargo, el mismo Tribunal establece en este primer momento un matiz respecto de su doctrina originaria, pues vincula la regla de exclusión a la idea de un proceso justo.⁶⁷

Por otra parte, tal vez sea en el apartado b) de este fundamento donde se produzca la mayor ruptura con la doctrina anterior, pues se establece lo siguiente: “*La pretensión de exclusión de la prueba ilícita deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo*”. De esta manera, el Tribunal viene a establecer que la ineficacia de la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales no constituye siempre una regla general que se integre como garantía del derecho a un proceso justo, es decir, no siempre será necesaria la ineficacia de aquellas pruebas para respetar el art. 24 CE.

Falciani)” en ASENCIO MELLADO, J. (dir), *Derecho Probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2020, pág. 1192.

⁶⁵ ASENCIO MELLADO, J. M., *op. cit.*, pág. 5.

⁶⁶ *Vid. Supra.*, La consolidación de la regla de exclusión de la prueba en el ordenamiento español, pág. 27.

⁶⁷ ASENCIO MELLADO, J. M., *op. cit.*, pág. 14-17. (“[C]oncepto, el de proceso justo, no equivalente al de proceso con todas las garantías y excesivamente abierto, propio del derecho anglosajón, no del continental.”).

Como colofón a lo expresado en el párrafo anterior, el apartado c) de este segundo fundamento introduce la necesidad de realizar un juicio ponderativo para determinar en qué medida afecta la prueba ilícita que se pretenda hacer valer en el proceso al concepto de un proceso justo y equitativo.

59. Una vez establecida la necesidad de elaborar un juicio de ponderación, procede el Tribunal a fijar qué elementos habrán de tenerse en cuenta para llevar a cabo tal labor.

Por un lado, se tendrá que determinar la índole de la ilicitud en el acto de obtención de los elementos probatorios.⁶⁸ Por otro, una vez constatada la vulneración del derecho fundamental, habrá que determinar si existe una conexión de ésta con los derechos procesales de las partes en el contexto de un proceso justo. Esta conexión, o “ligazón”, se producirá cuando la incorporación de la prueba al proceso genere una ruptura de las garantías e igualdad de las partes que en él intervienen.

El análisis de este segundo elemento se lleva a cabo mediante dos parámetros: un parámetro de control interno y un parámetro de control externo. El primero de estos parámetros exige un análisis sobre la conducta del sujeto que haya obtenido las pruebas. En concreto, deberá tener en cuenta el tribunal si la vulneración del derecho fundamental tiene por finalidad obtener pruebas al margen de los cauces establecidos para ello. El segundo consiste en determinar si existe algún tipo de necesidad de desincentivar la comisión de dichas acciones vulneradoras de derechos fundamentales.⁶⁹

60. Una vez examinados los argumentos expuestos, es importante señalar que la sentencia del Tribunal Constitucional que resolvía el recurso de amparo interpuesto por “Dario” frente a la STS 116/2017, de 23 de febrero, ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina.⁷⁰ Tal y como señala el profesor Asencio Mellado, en un Estado de Derecho el desarrollo y la regulación de los derechos de los ciudadanos no es competencia de los tribunales, sino del legislador. Por ello, la ratificación de la doctrina Falciani por parte del TC supuso una quiebra del sistema jurídico, pues se confirió a la regla de exclusión de la

⁶⁸ En este primer elemento, sigue manteniendo el Tribunal la idea de que sólo la vulneración de un derecho constitucional puede constituir una prueba ilícita. Por lo tanto, se dejan al margen aquellas vulneraciones de derechos con base infraconstitucional.

⁶⁹ Cfr. PICÓ I JUNOY, J., *op cit.*, págs. 2-3.
Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *op. cit.*, págs. 579-583.

⁷⁰ Cfr. *Idem.*
Cfr. ASENSIO MELLADO, J. M., *op. cit.*, págs. 13-14.

prueba ilícita, vía jurisprudencial, un alcance y efectos distintos a los que estableció el legislador en sus orígenes.

61. Como se puede apreciar, las nuevas bases sobre la prueba ilícita que se asientan con esta sentencia brillan por su laxitud y discrecionalidad. Los tribunales tendrán que llevar a cabo una ponderación entre distintos elementos de carácter difuso, como es el concepto de un proceso justo y equitativo, siguiendo unos criterios subjetivos y volubles. Por lo tanto, no es de extrañar las fuertes críticas que esta sentencia ha recibido por amplios sectores de la doctrina.

62. Sin embargo, existen otros autores que avalan la nueva interpretación que el Tribunal Constitucional realiza sobre la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ. Así, Joan Picó⁷¹ señala que la interpretación sistemática⁷² de este artículo nos lleva a la siguiente conclusión: en primer lugar, queda claro que el derecho a la prueba tiene base constitucional, por lo que el sistema jurídico tenderá a garantizar este derecho de forma primordial. En segundo lugar, la Constitución no prevé de forma directa la prohibición de utilizar la prueba ilícita en el proceso. Por último, dando por cierto tales premisas, llegamos a la conclusión de que la vulneración de un derecho fundamental no conlleva *per se* la exclusión de la prueba en cuestión.

63. En mi opinión, aplicar una interpretación tan alejada del tenor literal del propio artículo 11.1 LOPJ supone forzarlo de forma excesiva. Dejar la decisión acerca de la interdicción de la prueba ilícita en manos de los tribunales bajo unos criterios tan confusos e indefinidos deriva en una merma de la seguridad jurídica de los ciudadanos y en una desnaturalización del sentido de la norma que le fue conferido de forma legítima por el legislador.

2.4 Aplicación de la doctrina Falciani al caso objeto de dictamen

64. Una vez vistas las nuevas bases sobre las que se asienta la regla de exclusión de la prueba ilícita tras su evolución en las sentencias que contiene la denominada doctrina

⁷¹ PICÓ I JUNOY, J., *op cit.*, págs. 4-6.

⁷² Art. 3 CC: “*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”. En este caso, la interpretación hermenéutica consiste en una interpretación en relación con el contexto, es decir, conforme al resto del Ordenamiento Jurídico y, sobre todo, conforme a la Constitución.

Falciani, pasamos a analizar en qué medida podrían afectarnos estos nuevos criterios en lo referente a la utilización de los audios en un eventual proceso civil.

65. En primer lugar, tendremos que examinar la conducta del hacker ruso en el momento de obtención de la fuente de prueba, y si de alguna manera podría entenderse que actuó como un agente directo, o indirecto, del Estado.

De la narración de los hechos, parece claro que la actuación del hacker se halla en completa desconexión de la actividad estatal. Éste actuó con la finalidad de destapar una red de corrupción que existía en su país, incluso podría entenderse que actuó con fines lucrativos, cuestión que, en línea con lo expuesto anteriormente, merece ser considerada, ya que: *“quien busca hacerse con documentos para obtener un rédito económico o quien persigue denunciar la injusticia del sistema financiero, no está, desde luego, convirtiéndose en un agente estatal”*.⁷³

De la misma forma, podemos afirmar que la actuación del hacker no iba encaminada a hacer acopio de material probatorio que hacer valer en un futuro proceso. Como ya hemos dicho, el único fin que motivó su actuación fue el de revelar ante la opinión pública la existencia de un cártel que, al igual que en el resto de Europa, operaba en su país. Esta idea adquiere todavía más fuerza si se analiza la actuación posterior del sujeto. Y es que, una vez que tiene en su poder los audios, no los emplea para ejercitar acciones de responsabilidad civil contra los integrantes del cártel (posiblemente no tuviera legitimación activa para tal fin), ni tan siquiera pretende negociar directamente con los empresarios afectados para que éstos emprendan las acciones correspondientes con el refuerzo de aquellas pruebas, sino que los remite a una agencia periodística con la finalidad de que ésta los saque a la luz.

66. Una vez analizados los términos que pudimos extraer de la sentencia del Tribunal Supremo, pasamos a examinar si la fuente probatoria que se halla en poder de Belling cumple con los nuevos postulados del Tribunal Constitucional acerca de la admisión de la prueba obtenida mediante vulneración directa o indirecta de derechos fundamentales.

Ya sabemos que el juicio de ponderación que exige el Tribunal para determinar la admisibilidad de la fuente probatoria se compone de dos partes: por un lado, la determinación de la índole de la ilicitud verificada en el acto de obtención de los

⁷³ Vid. STS 116/2017, de 23 de febrero (Sala de lo Penal, Sección 1ª, Recurso: 1281/2016; ECLI: ES:TS:2017:471), [FJ 7º].

elementos probatorios; y por otro, determinar si existe una conexión entre la lesión del derecho fundamental en cuestión y los derechos procesales de las partes desde la perspectiva de un proceso justo. En concreto, examinar cómo afectaría a la posición de igualdad entre las partes en el proceso si se aceptara la obtención o recopilación previa de fuentes de prueba obtenidas vulnerando directa o indirectamente derechos fundamentales.

67. Pues bien, en cuanto a la índole de la ilicitud, ya sabemos que sólo la vulneración de derechos fundamentales sustantivos en el momento de obtención de material probatorio es relevante a efectos del artículo 24.2 CE, quedando al margen aquellas lesiones de carácter infraconstitucional.⁷⁴ En nuestro caso, ya quedó constatado que el acceso y sustracción de los audios por parte del hacker supuso una lesión del derecho fundamental a la intimidad del Sr. Petroski.⁷⁵

68. En cuanto a la conexión de la vulneración del derecho fundamental a la intimidad con las garantías procesales de las partes en un eventual proceso, tendremos que hacer un análisis desde los dos parámetros que establece el Tribunal Constitucional.

El primero de estos parámetros consiste en determinar si esta vulneración ha estado orientada de alguna manera a sacar algún beneficio procesal que pudiera comprometer el buen funcionamiento del proceso, en concreto, la igualdad entre las partes.⁷⁶ En este sentido, ya sabemos que la actuación del hacker estaba totalmente desvinculada del ámbito del proceso, es decir, aquél en ningún momento se propuso obtener los audios con el fin de emplearlos directa, o indirectamente, en un proceso, sino que su única intención era dar a conocer a la opinión pública la situación existente en su país.

Por lo tanto, podemos afirmar que la utilización de los audios en un eventual proceso no supondría una quiebra del derecho a un juicio justo y equitativo entre las partes. Ello es así porque el Sr. Blanco no ha “ordenado” el acceso y sustracción de aquellos audios al sujeto que cometió tal infracción con el fin de utilizarlos en un proceso. Por el contrario, una vez supo de su existencia, los solicitó a un tercero (Belling) para, esta vez sí, utilizarlos en el proceso. En definitiva, la motivación de la infracción en el momento de

⁷⁴ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *op. cit.*, pág. 579.

⁷⁵ *Vid. Supra.*, págs. 17-18.

⁷⁶ *Vid.*, STC 97/2019, de 16 de julio (FJ 3º): “[...] considerar, en primer lugar, si la vulneración del derecho fundamental ha estado instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionalmente exigibles, comprometiéndose en ese caso la integridad del proceso en curso y el equilibrio entre las partes”. Éste es el parámetro de control interno del juicio de ponderación.

obtener los audios está completamente alejada de hacer acopio de material probatorio, sino que esta última voluntad surge con posterioridad a la comisión de tal vulneración.

69. Por último, tendríamos que examinar el caso desde un parámetro de control externo, esto es, determinar si la permisividad de los tribunales a la hora de admitir este tipo de pruebas supondría incentivar la comisión de semejantes infracciones en un futuro.

Determinar la concurrencia de esta cuestión requiere de un examen abstracto y complejo, pues es difícil conocer qué efectos producirá en la sociedad la admisión o inadmisión de la prueba. Sin embargo, en nuestro caso existe un elemento que nos indica que la admisión de los audios en el proceso no incentivaría *a posteriori* la comisión de semejantes infracciones. Y es que, como quedó apuntado anteriormente, la actuación del hacker no tenía por finalidad obtener material probatorio que hacer valer en un proceso, sino que los remitió a la agencia periodística, Belling, para que ésta los sacase a la luz pública. Este tipo de actuaciones se seguirán produciendo con independencia de que se admita o deniegue esta prueba en el proceso que podría iniciarse. De la misma forma, con independencia de lo que ocurra en nuestro caso, Belling seguirá denunciando públicamente la existencia de este tipo de carteles, por lo que podemos concluir afirmando que la repercusión que pudiera tener la admisión de los audios en un proceso contra las empresas infractoras, a efectos de incentivar ese comportamiento, sería nula.

2.5 Conclusiones

70. En respuesta a la segunda cuestión formulada por el abogado del Sr. Blanco, relativa a la posibilidad de utilizar la prueba ilícita en un proceso, expongo las siguientes conclusiones:

- La regla de exclusión de la prueba ilícita del artículo 11.1 LOPJ no opera de forma automática, sino que requiere del estudio de las circunstancias propias de cada caso.
- A la luz de la doctrina Falciani, para poder utilizar las pruebas que se hallan en poder de Belling, se tendrán que examinar ciertas cuestiones:
 - 1) Si existe una vulneración directa o indirecta de derechos fundamentales en el acto de obtención de elementos probatorios
 - 2) Si la fuente de prueba ha sido obtenida por un particular que se encuentre totalmente desconectado del poder estatal; y si la conducta del

particular no tuviese por finalidad hacer acopio de material probatorio en vistas a un futuro proceso.

3) Si existe una conexión entre la vulneración del derecho fundamental en el momento de obtener las pruebas y los derechos procesales de las partes en el contexto de un juicio justo y equitativo.

- En nuestro caso, tras aplicar los referidos criterios desarrollados en la llamada doctrina Falciani, podemos afirmar que las pruebas que se encuentran en poder de Belling sí podrían utilizarse en un proceso civil.

3. SOBRE LAS MEDIDAS DE ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA DEL ART. 283 BIS LEC.

Recapitulando, hasta ahora hemos llegado a las siguientes conclusiones: en primer lugar, los audios que se hallan en poder de Belling constituyen una prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales. En segundo lugar, aunque se ha obtenido vulnerando directamente derechos fundamentales, concurren en el caso concreto una serie de circunstancias que, aplicando la doctrina del caso Falciani, justificarían su utilización en el proceso civil.

Ahora vamos a comprobar si tiene alguna incidencia para el análisis del presente caso la posibilidad prevista en estos procedimientos de acceder a las fuentes de prueba en poder de la demandada, conforme al artículo 283 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.1 El Derecho de la Competencia en el ordenamiento comunitario

71. Una vez vistos los elementos que se han de tener en cuenta a la hora de valorar la licitud de la prueba, paso a ofrecer una visión global del Derecho de la Competencia en el ámbito de la UE con el fin de aclarar las diversas cuestiones referentes al ejercicio de acciones por responsabilidad civil contra HCement y los modos de probar el sobrecoste repercutido a disposición del Sr. Blanco.

72. La protección del mercado interior europeo y la interdicción de las prácticas anticompetitivas se protegen por los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento

de la Unión Europea (antiguos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea).⁷⁷

73. El 20 de septiembre de 2001, tuvo lugar la paradigmática sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *C-453/99 Courage and Crehan*.⁷⁸ En ésta, se dilucidó una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales (*Court of Appeal*) acerca de la interpretación del actual artículo 101 TFUE (antiguo artículo 81 del TCE). En concreto, se determinó que las partes intervinientes en un contrato que pudiera vulnerar el Derecho de la Competencia podrían invocar directamente ante la jurisdicción ordinaria dicha infracción con el fin de obtener la tutela judicial de sus derechos e intereses.⁷⁹

En el mismo sentido, la sentencia *C-295-298/04 Manfredi* dictada el 13 de julio de 2006 vino a ratificar la anterior jurisprudencia del TJUE.⁸⁰ En este caso, se concedió legitimidad para invocar la nulidad de las prácticas colusorias prohibidas por el artículo 101 TFUE a aquellas personas que se viesen perjudicadas por aquellas.

De esta forma, el Tribunal de Justicia reconoció la existencia de un verdadero derecho subjetivo en mano de los particulares que les permite exigir ante los órganos jurisdiccionales nacionales las correspondientes indemnizaciones por los daños y perjuicios derivados de las prácticas empresariales contrarias al Derecho de la Competencia. No obstante, pese a reconocerse la eficacia directa entre particulares de los artículos 101 y 102 TFUE, y con ello el reconocimiento de un derecho subjetivo de los mismos, se dejó en manos de los Estados miembros el deber de configurar los distintos elementos que permitirían la realización efectiva de aquellos derechos.⁸¹

⁷⁷ Art. 101.1 TFUE: “Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas [...] que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular: (a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta [...]”.

Art. 102 TFUE: “Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida [...] la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante [...] Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: (a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta [...]”.

⁷⁸ C-453/99 - *Courage and Crehan* (2001) ECR I-06297.

⁷⁹ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, núm. 1, 2017, pág. 126.

Cfr. PEÑA LÓPEZ, F., *La Responsabilidad Civil por Daños a la Libre Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 60-65.

⁸⁰ Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi* (2006) ECR I-06619.

⁸¹ Corresponde a los Estados miembro: regular las modalidades de ejercicio de este derecho; designar los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de los recursos de indemnización basados en la infracción de las normas comunitarias de defensa de la competencia y configurar la regulación procesal de

74. El distinto tratamiento legislativo de cada Estado miembro en relación con los mecanismos procesales para obtener la tutela de tal derecho subjetivo desembocó en un grave desequilibrio competitivo empresarial y en cierto deterioro de la seguridad jurídica. Ante esta situación, el legislador europeo puso rápidamente de relieve la necesidad de elaborar una normativa procesal unificada, que permitiera ejercer de forma efectiva el derecho concedido a los justiciables.⁸²

Como resultado de la misión armonizadora, se llegó a la aprobación de la Directiva 2014/104/UE de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. Dicha Directiva fue transpuesta, de forma tardía, a nuestro Ordenamiento Jurídico mediante el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo de 2017.⁸³

75. El tercer apartado de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley, contiene determinada información que reviste notoria importancia para la elaboración del presente dictamen. En concreto, se establece una modificación en la LEC consistente en la incorporación de un nuevo artículo 283 BIS que regula el acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la Competencia.⁸⁴ De la misma manera, se establece la introducción de un nuevo título VI en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia relativo a la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia, dónde se regulará, en gran medida, los cauces procesales y otros elementos sustantivos de los que disponen los justiciables.

esos recursos; determinar el plazo de prescripción de la acción de indemnización; fijar los criterios que permitan determinar la cuantía de la reparación del perjuicio causado.

⁸² SCHUMANN BARRAGÁN, G., “Acciones de Responsabilidad Civil por Infracciones del Derecho de la Competencia. La Acumulación de Acciones y la Cesión de Derechos de Indemnización como Estrategias de Litigación Conjunta en España”, *E-prints Complutense*, Madrid, 2017, págs. 4-6 [Trabajo de Fin de Máster].

⁸³ El plazo de transposición de la Directiva finalizaba el 27 de diciembre de 2016. Sin embargo, ésta no fue incorporada en nuestro ordenamiento hasta el 26 de mayo de 2017.

⁸⁴ Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 9/2017, tercer apartado: “*respecto a las disposiciones de la directiva para facilitar la prueba en los procedimientos por daños resultantes de la violación de las normas sobre competencia, el objetivo principal de la modificación introducida [...] en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, es la consecución de una mejor tutela de los derechos de los justiciables en dicho campo. A tal fin [...] introduce una regulación sobre el acceso a las fuentes de prueba en la Ley 1/2000, de 7 de enero, mediante una nueva Sección [...] en la que se determinan, entre otros extremos, los requisitos para solicitar del tribunal una medida de acceso a fuentes de prueba, un elenco ejemplificativo de posibles medidas, así como la ejecución de éstas y las consecuencias de la obstrucción a su práctica, siempre moduladas por el principio de proporcionalidad*”.

3.2 Responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia a la luz de la Directiva 2014/104/UE

76. Como ha quedado anteriormente apuntado, las infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE generan derechos subjetivos para los particulares afectados. Por ello, la Directiva 2014/104/UE (en lo sucesivo, la Directiva) ha venido a reforzar la aplicación privada de las normas europeas sobre la competencia *-private enforcement-*, esto es, la aplicación de aquellas por parte de los tribunales nacionales, como función complementaria a la aplicación de las mismas por las autoridades administrativas *-public enforcement-*. En este sentido, cabe destacar que el primero de estos dos sistemas *-private enforcement-* busca el resarcimiento patrimonial de aquellas personas perjudicadas por las conductas anticompetitivas, mientras que el segundo tiene por objetivo generar un efecto disuasorio respecto de tales conductas mediante el ejercicio de la potestad sancionadora.⁸⁵

77. La Directiva parte de la idea de que las acciones de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia requieren de ciertos mecanismos que faciliten la correcta tutela de los perjudicados por las prácticas anticompetitivas. Y es que, por norma general, los litigios producidos en el contexto del Derecho de la Competencia están caracterizados por una asimetría en la información, es decir, las fuentes de prueba que permiten fijar como ciertos a efecto de un proceso los hechos sobre los que se fundan las pretensiones de los demandantes se hallan en poder exclusivo de las empresas infractoras. Por ello, se establece la necesidad de otorgar a los demandantes en este tipo de procedimientos unos cauces legales que les permitan obtener aquellos elementos que sirvan para defender sus pretensiones y litigar así en igualdad de condiciones.⁸⁶

78. Por otra parte, y con el fin de establecer un marco de análisis más preciso, conviene aclarar cuál es el sistema de litigación en el que nos movemos en el asunto del Sr. Blanco sometido a dictamen. Y es que, el tipo de acción que se quiere ejercitar en nuestro caso puede darse en base a dos modalidades: *follow-on* o *stand alone*. La primera requiere del pronunciamiento acerca de la existencia de la práctica anticompetitiva por parte de la

⁸⁵ Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Principios de Derecho Mercantil. Tomo 1*, Thomson Reuters Aranzadi, 24ª ed., Cizur Menor, 2019, págs. 118-119.

Cfr. DÍEZ ESTELLA, F., DE PRADA RODRÍGUEZ, M., “Acciones de reclamaciones de daños derivados de ilícitos antitrust: principales problemáticas sustantivas y procesales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2019, págs. 3-4.

⁸⁶ *Vid. Considerando 15: “[...] los litigios por infracciones del Derecho de la competencia se caracterizan por una asimetría de información, conviene garantizar que se confiere a las partes demandantes el derecho a obtener la exhibición de las pruebas relevantes para fundar sus pretensiones [...]”.*

autoridad competente. Por el contrario, la segunda modalidad tiene lugar cuando la acción por infracción del Derecho de la Competencia se ejercita sin que exista resolución de la autoridad competente en dicha materia que declare la existencia de tal infracción.⁸⁷ En nuestro caso, la acción por responsabilidad civil se ejercitaría en el marco de la primera vía *-follow-on-*, pues la resolución de la Comisión Europea acerca de la existencia del cartel se ha producido con anterioridad.

3.3 Acerca de los mecanismos de obtención de pruebas previstos en el artículo 283 bis LEC

79. En primer lugar, establece la Disposición transitoria primera del Real Decreto-ley que los nuevos mecanismos de acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la Competencia serán aplicables, de forma exclusiva, a los procedimientos que se inicien con posterioridad a su entrada en vigor.⁸⁸

80. Nuestro modelo de acceso a las fuentes de prueba en este tipo de procedimientos descansa sobre los artículos 5, 6, 7 y 8 de la Directiva. Estos preceptos sirven de base a la legislación propia de cada Estado miembro, es decir, constituyen el contenido mínimo que habrá de observar el legislador nacional. Por lo tanto, cada Estado miembro podrá establecer unas medidas de acceso a las fuentes de prueba más amplias que las previstas en estos artículos, siempre y cuando se respeten los límites que quedan establecidos en la propia directiva.⁸⁹

81. Centrándonos ahora en las medidas previstas en el artículo 283 bis LEC, podemos extraer las siguientes notas características de nuestro sistema de acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la Competencia:

⁸⁷ SCHUMANN BARRAGÁN, G., *op. cit.*, págs. 11-12.

⁸⁸ D.T. 1ª del RD Ley 9/2017: “*Las previsiones recogidas en el artículo cuarto de este Real Decreto-ley [del acceso a fuentes de prueba] serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor*”.

⁸⁹ Cfr. GONZÁLEZ GRANDA, P., “De las dudas del legislador y otras cuestiones relativas a la novedosa regulación de las fuentes de prueba en los artículos 283.bis.a) y ss., de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Diario la Ley*, núm. 9030, Sección Tribuna, 2017, págs. 3-4.

Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., “El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia”, *La Ley Mercantil*, núm. 38, 2017, págs. 4-6.

Vid. Art. 7 Directiva 2014/104/UE [“Límites impuestos al uso de pruebas obtenidas exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia”].

a) *Contenido*

82. El contenido de los datos e informaciones que podrán ser objeto de exhibición por parte requerido se concreta en el apartado a) del artículo 283 bis. En él se establece un elenco de posibles informaciones sobre las que se podrá solicitar la exhibición, como el importe de los precios aplicados a los productos y servicios que han sido objeto de infracción, o la identidad y dirección de los infractores. En cualquier caso, conviene tener en cuenta que esta enumeración constituye un *numerus apertus*, por lo que aquellos otros datos que, respetando las reglas de confidencialidad y de proporcionalidad previstas para estas medidas, sean susceptibles de respaldar las pretensiones de las partes, también podrán ser objeto de exhibición.⁹⁰

b) *Procedimiento*

83. En primer lugar, en virtud del apartado d) del art. 283 bis, será competente para conocer de las solicitudes de acceso a las fuentes de prueba el tribunal que esté conociendo del asunto en primera instancia o el que fuere competente para conocer del mismo en el caso de que el proceso no se hubiese iniciado.⁹¹ La naturaleza jurídica del procedimiento que seguirá el tribunal para la adopción de estas medidas será incidental, por lo que se tramitará de forma paralela o, en su caso, previa al proceso principal.⁹²

84. Por otra parte, es importante señalar que estas medidas solo podrán adoptarse a instancia de parte, siendo responsable el solicitante de cubrir los gastos que pudieran derivar del procedimiento en cuestión, así como del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba.⁹³

85. La última cuestión procedimental que habrá de tenerse en cuenta es la relativa al momento previsto para formular la solicitud. Como ya sabemos, la solicitud puede presentarse con anterioridad a la interposición de la demanda, junto a ésta o bien, durante el transcurso del proceso. Sin embargo, cabe señalar que, al igual que en otros instrumentos procesales como podrían ser las medidas cautelares, la solicitud formulada con anterioridad a la demanda queda condicionada a la interposición de la misma en un

⁹⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., “El acceso a las fuentes de prueba...”, *op. cit.*, pág. 7.

⁹¹ En nuestro caso, tendrán competencia los Juzgados de lo Mercantil. Esta cuestión ha sido objeto de un gran debate en la doctrina, pero finalmente se ha decantado por conceder la competencia objetiva para conocer de los asuntos a estos juzgados especializados. *Vid.* DÍEZ ESTELLA, F., “La aplicación privada del Derecho de la Competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, núm. 1, 2019, págs. 280-284.

⁹² GASCÓN INCHAUSTI, F., “El acceso a las fuentes de prueba...”, *op. cit.*, págs. 9-11.

⁹³ *Idem.*

plazo de 20 días. El incumplimiento de esta obligación derivará en diversas sanciones para el solicitante.⁹⁴

c) Exhibición de pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia

86. El apartado i) del artículo 283 bis tiene una notoria importancia para la resolución del presente dictamen. En él se establecen una serie de mecanismos que permiten acceder a las fuentes de prueba que se encuentren contenidas en el expediente de la autoridad competente. Como es lógico, este mecanismo está pensado para las acciones que se ejerciten en la modalidad *follow on*, pues requiere que la autoridad competente haya iniciado, al menos, el procedimiento de investigación sobre los eventuales infractores.

87. La preocupación del legislador por proteger el *public enforcement* ha derivado en el establecimiento de ciertos límites a la hora de acceder a estas pruebas.⁹⁵ Uno de estos límites consiste en la regla de subsidiariedad de estos requerimientos, es decir, sólo se podrá solicitar el acceso a las fuentes de prueba contenidas en los expedientes de la autoridad de la competencia en el caso de que las demás partes, o terceros, no sean capaces de exhibir aquellas pruebas. Otro límite que, como veremos más adelante, puede afectar a nuestro análisis es aquel que impide la exhibición de las declaraciones que se encuentren en el marco de un programa de clemencia, así como las solicitudes de transacción.⁹⁶

d) Cumplimiento y consecuencias de la obstrucción por parte del requerido

88. En principio, el cumplimiento de estas medidas tendrá que llevarse a cabo de forma voluntaria por el sujeto requerido una vez haya prestado el solicitante la caución correspondiente. No obstante, la LEC prevé en el artículo 283 bis g) unas medidas de cumplimiento forzoso en caso de que el requerido no cumpla de forma voluntaria, como podría ser la entrada y registro en los lugares donde se encuentren los documentos que deban ser exhibidos. De la misma forma, el apartado h) del mismo precepto establece una serie de consecuencias sumamente gravosas para el sujeto que obstruya la práctica de estas medidas, que podrán consistir en la admisión como ciertos de aquellos hechos a los que se refería la fuente de prueba a la que se pretendía acceder, o que se tenga al sujeto

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ Las fuentes de prueba que se hayan en los expedientes de las autoridades de la competencia suelen ser los objetivos más valiosos para los perjudicados. Sin embargo, conceder un acceso ilimitado a estas fuentes de prueba supondría el desincentivo de otras figuras que facilitan la aplicación pública de las normas sobre competencia, como podrían ser los programas de clemencia.

⁹⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., “El acceso a las fuentes de prueba...”, *op. cit.*, págs. 12-13.

requerido como tácitamente allanado en el futuro proceso. Todo ello sin perjuicio de las correspondientes sanciones económicas.⁹⁷

3.4 La relación entre el mecanismo de acceso a fuentes de prueba y la regla de exclusión de la prueba ilícita: aplicación del juicio de ponderación

89. Una vez analizado el mecanismo de obtención de fuentes de prueba que se halla en poder de las demás partes o de terceros, pasamos a ponerlo en relación con las conclusiones que alcanzamos en la resolución de las cuestiones precedentes.

En primer lugar, sabemos que la regla de exclusión de la prueba ilícita no opera de forma automática en nuestro ordenamiento, sino que los tribunales tendrán que llevar a cabo un juicio de ponderación de intereses contrapuestos basado en parámetros de proporcionalidad. Ello implica, entre otras cosas, analizar en qué medida afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva del demandante el hecho de que se inadmita una prueba obtenida mediante vulneración de derechos fundamentales.⁹⁸

De la misma forma, y en línea con las *ERCP*,⁹⁹ un elemento a tener en cuenta para llevar a cabo un correcto juicio de proporcionalidad, en lo que a la exclusión de la prueba se refiere, es la posibilidad que ostenta el demandante de sostener sus pretensiones por otros medios legalmente establecidos. Es decir, tendremos que analizar si aquél que pretenda aportar una fuente de prueba obtenida mediante vulneración directa o indirecta de derechos fundamentales en el proceso cuenta con otros medios eficaces de acceder a dichas fuentes de prueba, o bien, si existe alguna otra forma de hacer valer sus pretensiones.¹⁰⁰

90. En este sentido, ya quedó apuntado que la inclusión en nuestro ordenamiento de los mecanismos de acceso a la fuente de prueba, a raíz de la Directiva 2014/104/UE, tenían por finalidad otorgar a los perjudicados por las prácticas anticompetitivas una serie de facultades tendentes, en última instancia, a igualar la posición de las partes en el proceso.

Por lo tanto, si analizamos la situación del Sr. Blanco y la ponemos en contexto con esta idea, llegamos a la conclusión de que éste, como perjudicado de una práctica

⁹⁷ *Idem.*, pág. 11.

⁹⁸ Este razonamiento es el que sigue el TJUE en la resolución del caso Puškár. *Vid. Supra.*, págs. 24-26.

⁹⁹ *Vid. Supra.*, págs. 26-27. Recordemos que las *ERCP* son un instrumento jurídico sin fuerza vinculante para los Estados. Sin embargo, su lectura nos ayudará a reforzar las conclusiones alcanzadas.

¹⁰⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., “La prueba ilícita en el proceso civil...”, *op. cit.*, pág. 800.

anticompetitiva, tiene la facultad de exigir a las empresas infractoras la exhibición de los distintos documentos e informaciones que pudiesen acreditar el sobrecoste que éstas repercutieron sobre los clientes.

De esta forma, podemos afirmar que el Sr. Blanco cuenta con otros medios legales con los que hacer valer sus pretensiones, lo que implicaría la inaplicación de la excepción a la regla de exclusión y, con ello, ilicitud de los audios que pretendía hacer valer en el proceso como medio de prueba.

91. Sin embargo, el análisis de esta cuestión no puede finalizar aquí. Y es que, como sabemos, las medidas de acceso a las fuentes de prueba previstas en el artículo 283 bis LEC están sujetas a ciertas limitaciones.¹⁰¹ Igualmente, se podría dar la situación de que una vez solicitada y ordenada la exhibición de la fuente de prueba, la parte requerida se negase a proceder o, incluso, destruyese la información requerida con el fin de imposibilitar tal acceso.

Pues bien, en estos casos podemos afirmar que las medidas previstas en este artículo han sido ineficaces. Por ello, conviene señalar que la manera en que influirán estos procedimientos de acceso a las fuentes de prueba en nuestro análisis dependerá de la efectiva realización de los mismos. Y es que, tal y como señala el profesor Gascón Inchausti, en aquellos casos en los que la parte requerida en virtud de este precepto se niegue a aportar el documento solicitado, se hará más difícil la ulterior exclusión de este mismo documento aportado por la parte que lo solicitó, cuando ésta los hubiese obtenido de forma ilícita.¹⁰²

92. En definitiva, podemos sintetizar esta idea con lo siguiente: la inadmisión, o admisión, de la prueba obtenida mediante vulneración directa del derecho fundamental a la intimidad (los audios que se hallan en poder de Belling) dependerá de que el Sr. Blanco cuente, o no, con otras vías de defensa que le permitan sostener sus pretensiones. En este caso, el artículo 283 bis LEC establece un procedimiento de acceso a las fuentes de prueba que se hallan en poder de la parte contraria. Por lo tanto, siempre y cuando estas medidas permitan el efectivo acceso por parte del Sr. Blanco a estos documentos, los audios que se hallan en poder de Belling deberían ser excluidos en virtud del artículo 11.1 LOPJ. Por

¹⁰¹ V. g. Reglas de confidencialidad o declaraciones en el marco de un programa de clemencia contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia.

¹⁰² GASCÓN INCHAUSTI, F., “La prueba ilícita en el proceso civil...”, *op. cit.*, pág. 800.

el contrario, en el caso de que aquellas medidas de acceso a las fuentes de prueba resultasen ineficaces, la inadmisión de los audios en el proceso sería desproporcionada, por lo que, en principio, se procedería a su admisión en éste.

3.5 Una última consideración: declaraciones en el marco de un programa de clemencia

93. Una última cuestión que deberemos tener en cuenta para el correcto análisis del caso es la posibilidad prevista en nuestro ordenamiento para que aquellas empresas infractoras del Derecho de la Competencia se adhieran a un *programa de clemencia*, y las consecuencias procesales que de ello podrían derivar para nuestro caso.¹⁰³

A continuación, expondré de forma breve los aspectos más importantes de esta figura jurídica y los pondré en relación con la legitimación pasiva en este tipo de procedimientos, ya que, en función de contra quien se dirija la demanda, las conclusiones alcanzadas anteriormente podrían variar.

a) Programas de clemencia

94. Esta figura, introducida en la Ley de Defensa de la Competencia, tiene por finalidad incentivar a aquellos empresarios que, formando parte del cartel, ayuden a las autoridades en la investigación de aquél aportando material probatorio. Las consecuencias que tiene acogerse a este programa son muy beneficiosas, pues quedarán eximidos del pago de las futuras sanciones que se impongan a los participantes del cartel, sin perjuicio de la responsabilidad que tengan con los afectados.¹⁰⁴

b) Legitimación pasiva

95. Una vez expuesto el concepto de programa de clemencia, tendremos que saber si el ejercicio de estas acciones requiere de un litisconsorcio pasivo necesario.¹⁰⁵ La doctrina distingue entre litisconsorcio pasivo necesario *propio*, es decir, cuando existe una norma

¹⁰³ Art. 65. 1 LDC: “[...] la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa [...] cuando: (a) Sea la primera en aportar elementos de prueba que [...] le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 en relación con un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma; (b) Sea la primera en aportar elementos de prueba que [...] permitan comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no disponga de elementos de prueba suficiente [...]”.

¹⁰⁴ Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *op. cit.*, págs. 117-118.
Cfr. PEÑA LÓPEZ, F., *op. cit.*, págs. 213-217

¹⁰⁵ Art. 12.2 LEC: “Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”.

que así lo establece, e *impropio*, cuando no exista norma que lo establezca, pero la necesidad de dirigir la demanda contra todos los infractores se deduzca de la tutela que se pretende.¹⁰⁶

Pues bien, conviene dejar claro que no existe ninguna norma en nuestro ordenamiento que exija interponer demanda frente a todas las empresas infractoras del Derecho de la Competencia para que el litigio prospere. De esta manera, podemos afirmar que no existe un litisconsorcio necesario *propio*. Ahora, tendremos que comprobar si concurre la segunda variante. Para ello, la doctrina ha establecido un doble criterio.¹⁰⁷ Por un lado, tendremos que examinar si la ausencia de algún sujeto pasivo podría violar el principio de audiencia. Este primer aspecto parece descartable, pues, de acuerdo con el principio *res iudicata inter partes*,¹⁰⁸ la sentencia que se obtenga en el proceso tendrá efectos de cosa juzgada solo frente a quienes intervinieron en él, por lo que, en principio, no parece necesaria la concurrencia de todos los sujetos pasivos en el proceso para respetar el principio de audiencia.¹⁰⁹ Por otra parte, habrá que analizar cuál es la naturaleza de la relación jurídica que constituye en objeto del proceso, es decir, determinar si el pronunciamiento del tribunal sería ineficaz en caso de no dirigirse la demanda contra todos los infractores por imposibilidad de hacerla cumplir. Este segundo aspecto tampoco se daría, pues al tratarse de una eventual condena dineraria, el cumplimiento sería posible con independencia de quien o quienes fueren los sujetos condenados.

96. Vistos estos elementos, podemos afirmar que la acción por responsabilidad civil derivada de una infracción del Derecho de la Competencia no exige litisconsorcio pasivo necesario, por lo que se podrá interponer la demanda frente a una empresa infractora o contra varias de forma independiente.

¹⁰⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A., et al., *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte General.*, op. cit., págs. 502-508.

¹⁰⁷ *Ídem*.

¹⁰⁸ Art. 222. 3 LEC: “La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley”.

¹⁰⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A., et al., *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte General.*, op. cit., págs. 336-340.

c) Declaraciones en el marco de un programa de clemencia contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia

97. No podemos finalizar el análisis sin contemplar como una posible opción el hecho de que alguna de las empresas que conformaban el cartel estuviese acogida a un programa de clemencia, con las consecuencias procesales que esta circunstancia podría acarrear.

98. En primer lugar, sabemos que la responsabilidad civil derivada de un ilícito competencial es solidaria y que, en el aspecto procesal, no requiere de litisconsorcio pasivo necesario, por lo que se podrá demandar a un infractor o a varios, indistintamente. También sabemos que nuestro ordenamiento permite a los sujetos infractores adherirse a un programa de clemencia con la consecuente exoneración de la futura sanción por infringir el Derecho de la Competencia.

99. Pues bien, si partimos de la veracidad de las anteriores afirmaciones, llegamos a la siguiente conclusión: dependiendo de contra quién se dirija la demanda, se podrá obtener el material probatorio por los cauces establecidos en el artículo 283 bis LEC o no.

De esta forma, si reconducimos esta circunstancia al análisis al juicio de ponderación,¹¹⁰ nos encontramos con que las medidas de acceso a las fuentes de prueba dirigidas a obtener información sobre aquellos sujetos que estén bajo la cobertura de un programa de clemencia están notablemente limitadas, y con ello la posibilidad del perjudicado de hacer valer sus pretensiones. Por ello, en estos casos sí sería plausible la admisión de la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales en un eventual proceso, en nuestro caso los audios, pues en este caso el Sr. Blanco no contaría con otras vías legales de acceder de forma efectiva a las mismas.

3.6 Conclusiones

100. En respuesta a la última cuestión formulada por el abogado del Sr. Blanco relativa a los procedimientos de acceso a las fuentes de prueba del artículo 283 bis LEC, paso a exponer las siguientes conclusiones:

- Nuestro ordenamiento prevé en el artículo 283 bis LEC una serie de mecanismos dirigidos a obtener las fuentes de prueba que se hallen en poder de la parte contraria, o de terceros, en los procedimientos de reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia.

¹¹⁰ *Vid. Supra.*, págs. 45-47.

- En la medida en que estos mecanismos permitan obtener de forma efectiva los elementos de prueba que se hallen en las demás partes, los audios que se encuentran en poder de Belling serán excluidos *ex* artículo 11.1 LOPJ o no. Ello supone aplicar un juicio de ponderación de intereses para determinar si es aplicable la regla de exclusión o si opera alguna de las excepciones a ella desarrolladas jurisprudencialmente.
 1. Si se permite el acceso efectivo a las fuentes de prueba solicitadas, los audios deberían ser inadmitidos en el eventual proceso por considerarse ilícitos.
 2. Si no se permite el acceso efectivo a las fuentes de prueba solicitadas, los audios deberían ser admitidos en el eventual proceso por considerarse que debe prevalecer el derecho de defensa del Sr. Blanco. Ésta es la única posibilidad que tiene para fijar como cierto a efectos del proceso uno de los hechos fundamentales sobre los que se sustenta su pretensión de condena.

IV. RESUMEN EJECUTIVO

101. El presente dictamen tiene por objeto dar respuesta a diferentes cuestiones formuladas por el abogado del Sr. Blanco en vistas a un eventual proceso en el que se ejercitarán acciones de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia. En concreto, se solicita respuesta acerca de las siguientes cuestiones: en primer lugar, se quiere saber si los audios que se hallan en poder de Belling, en los que se fija con claridad el porcentaje de sobrecoste repercutido a los perjudicados por parte de las empresas infractoras, constituyen una prueba obtenida mediante vulneración directa o indirecta de derechos fundamentales. Para el correcto análisis de esta cuestión se ha de conocer cuál es el canon territorial de validez de la prueba, esto es, el del lugar donde aquella se obtuvo (Alemania) o el del lugar donde habrá de surtir efectos (España). En segundo lugar, se formula la pregunta de si, en el caso de que los audios se hubieran obtenido mediante vulneración de derechos fundamentales, estaría prohibido utilizarlos en un eventual proceso. Por último, se solicita información acerca de los mecanismos de obtención de pruebas previstos en el artículo 283 bis LEC, y de cómo éstos podrían influir en nuestro análisis.

102. En cuanto a la primera cuestión, de acuerdo con las circunstancias propias del caso, hemos dividido el *iter* de obtención de la fuente de prueba en dos fases controvertidas: por un lado, la grabación de los audios por parte del Sr. Petroski; por otro, el acceso y sustracción de aquellos por parte del hacker ruso. En cuanto a la primera fase, parece que el Sr. Petroski no habría vulnerado ningún derecho fundamental al grabar la conversación que tuvo lugar en una reunión de los miembros de las empresas infractoras, pues el hecho de que él mismo participase en la conversación legitimaría su actuación. En segundo lugar, la sustracción de los audios por parte del hacker no plantea dudas de que supone la vulneración de un derecho fundamental del Sr. Petroski, pues accede de forma fraudulenta a su ordenador personal invadiendo gravemente su intimidad. Por lo tanto, tras realizar un examen acerca de los derechos que se podrían haber vulnerado en cada una de estas fases, llegamos a la conclusión de que los audios que se hallan en poder de Belling han sido obtenidos mediante la vulneración directa del derecho a la intimidad del Sr. Petroski.

Por otra parte, la naturaleza internacional del caso nos exigía determinar cuál sería el criterio territorial de validez probatoria aplicable en nuestro caso, ya que la obtención la

fuentes de prueba se produjo en Alemania, pero, sin embargo, ésta se quiere hacer valer en España. Para resolver este asunto, nos hemos apoyado en la doctrina jurisprudencial que establece que solo el núcleo esencial de los derechos fundamentales tiene una proyección *ad extra*, es decir, solo en caso de que se afecte al contenido esencial del derecho fundamental nuestros tribunales aplicarán el Derecho propio para examinar la validez de la fuente de prueba, con independencia de donde se hubiese obtenido ésta. En nuestro caso, podemos afirmar que el hecho de acceder a un ordenador personal de forma fraudulenta supone una afectación al núcleo esencial del derecho a la intimidad, por lo que estaremos ante el canon territorial de validez probatoria del lugar donde la prueba habrá de surtir efectos (España).

103. Una vez estudiada la primera cuestión, hemos llegado a la conclusión de que sí se ha vulnerado un derecho fundamental en el momento de obtención de los audios. Por lo tanto, esta prueba constituiría, en principio, una prueba ilícita, con la consecuente prohibición de utilizarla en el proceso conforme a la regla de exclusión de la prueba ilícita prevista en el artículo 11.1 LOPJ. Sin embargo, nuestros tribunales han interpretado esta regla de forma ajena a cualquier tipo de automatismo, por lo que se habrán de analizar las circunstancias propias de cada caso para proceder a su aplicación. De acuerdo con la doctrina emanada del caso Falciani, algunas de las circunstancias que se deberán tener en cuenta para tal fin, serán las siguientes: en primer lugar, examinar si el derecho lesionado en el acto de obtención de la prueba es un derecho fundamental; en segundo lugar, analizar si el sujeto que ha obtenido la prueba mediante vulneración de derechos fundamentales ha actuado en conexión con el poder estatal y si su conducta tenía por finalidad hacer acopio de material probatorio en vistas a un eventual proceso; por último, evaluar en qué medida afecta la vulneración del derecho fundamental en el momento de obtención de las pruebas a los derechos procesales de las partes, en particular, desde la perspectiva de un proceso justo y equitativo.

Analizadas estas circunstancias en el caso concreto, podemos afirmar que los audios que se hallan en poder de Belling, pese a que fueron obtenidos mediante vulneración del derecho fundamental a la intimidad del Sr. Petroski, podrán ser admitidos como prueba en un eventual proceso.

104. Finalmente, se da respuesta a la última cuestión formulada por el abogado del Sr. Blanco acerca de cómo podría afectar en nuestro análisis la posibilidad prevista en este tipo de procedimientos de acceder a las fuentes de prueba en poder de las demás partes y

de terceros, conforme al artículo 283 bis LEC. Pues bien, sabemos que este artículo se introdujo en nuestro ordenamiento a raíz de la Directiva 2014/104/UE con la finalidad de facilitar a los perjudicados por infracciones del Derecho de la Competencia el efectivo resarcimiento del daño soportado. Poniendo esto en contexto con el análisis de las anteriores cuestiones, llegamos a unas nuevas conclusiones: tras la aplicación de un juicio de ponderación de intereses basado en parámetros de proporcionalidad, los audios que se hallan en poder de Belling sólo podrán ser utilizados como prueba en un eventual proceso si las medidas de acceso a las fuentes de prueba previstas en el artículo 283 bis resultan ser infructuosas. Si, por el contrario, el Sr. Blanco tuviera acceso efectivo a aquellos datos e informaciones que le permitieran probar el sobre coste repercutido por parte de las empresas infractoras, los audios no deberían ser admitidos como prueba en el proceso. En definitiva, conforme al criterio de proporcionalidad, la validez de los audios dependerá de si el Sr. Blanco cuenta, o no, con otros cauces legales que le permitan sostener sus pretensiones.

Bibliografía

DE LA OLIVA SANTOS, A., *et al.*, *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 3ª ed., Madrid, 2016

DE LA OLIVA SANTOS, A., *et al.*, *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 3ª ed., 2016

GASCÓN INCHAUSTI, F., “Derecho Procesal Civil. Materiales de Estudio [Materiales de enseñanza]”, *E-prints Complutense*, Madrid, 2019

GASCÓN INCHAUSTI, F., “La prueba ilícita en el proceso civil, entre la exclusión y la ponderación” en ASENCIO MELLADO, J. (dir.), *Derecho Probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2020

GASCÓN INCHAUSTI, F., “Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, Núm. 1

GASCÓN INCHAUSTI, F., “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, núm. 1, 2017

GASCÓN INCHAUSTI, F., “El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia”, *La Ley Mercantil*, núm. 38, 2017

BELLIDO PENADÉS, R., “La Prueba Ilícita y su Control en el Proceso Civil”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010

ARMENTA DEU, T., *La Prueba Ilícita: (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 2011

ARMENTA DEU, T., “Prueba ilícita y regla de exclusión: perspectiva subjetiva” en ASENCIO MELLADO, J. (dir.), *Derecho Probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2020

GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2019

VEGAS TORRES, J., “Sobre el alcance del secreto de las comunicaciones” en *Una filosofía del derecho en acción: homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados, Primera edición, 2015

DÍAZ REVORIO, F. JAVIER, “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 59, 2006

MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 32, 2016

MIRANDA ESTRAMPES, M., “La Prueba Ilícita: la Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 22, 2010

PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita: un concepto todavía por definir”, *La Ley Probática*, núm. 1, 2020

SÁNCHEZ YLLERA, I., “La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013

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

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Algunas ideas sobre la prueba ilícitamente obtenida” en ASENCIO MELLADO, J. (dir.), *Derecho Probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2020

MARCHENA GÓMEZ, M., “Prueba ilícita y reglas de exclusión: los matices introducidos por la Sala Penal del Tribunal Supremo en la Sentencia 116/2017, de 23 febrero (Caso Falciani)” en ASENCIO MELLADO, J. (dir.), *Derecho Probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2020

PEÑA LÓPEZ, F., *La Responsabilidad Civil por Daños a la Libre Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

SCHUMANN BARRAGÁN, G., “Acciones de Responsabilidad Civil por Infracciones del Derecho de la Competencia. La Acumulación de Acciones y la Cesión de Derechos de Indemnización como Estrategias de Litigación Conjunta en España”, *E-prints Complutense*, Madrid, 2017

SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Principios de Derecho Mercantil. Tomo 1*, Thomson Reuters Aranzadi, 24ª ed., Cizur Menor, 2019

DÍEZ ESTELLA, F., DE PRADA RODRÍGUEZ, M., “Acciones de reclamaciones de daños derivados de ilícitos antitrust: principales problemáticas sustantivas y procesales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2019

DÍEZ ESTELLA, F., “La aplicación privada del Derecho de la Competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, núm. 1, 2019

GONZÁLEZ GRANDA, P., “De las dudas del legislador y otras cuestiones relativas a la novedosa regulación de las fuentes de prueba en los artículos 283.bis.a) y ss., de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Diario la Ley*, núm. 9030, Sección Tribuna, 2017

