



## Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal ...

**Francisco Muñoz Conde**

*Catedrático de Derecho penal,  
Universidad Pablo de Olavide,  
Sevilla.*

**SUMARIO:** I. Historia de la columna infame. II. Prueba prohibida y prueba ilícita. III. Las injerencias en el ámbito privado a través de grabaciones audiovisuales efectuadas por órganos estatales. Grabaciones realizadas por particulares. IV. Grabaciones realizadas por particulares.

### I. Historia de la columna infame

Cuenta el gran escritor italiano Alessandro Manzoni (1785/1873), nieto por cierto de Cesare Beccaria, en una breve narración destinada a formar parte de su inmortal novela *Los Novios*, pero publicada luego como narración autónoma con el título de *Historia de la columna infame* (1842) que a principios del siglo XVII fueron ejecutados en Milán, tras serles amputada una mano, mutilados con tenazas candentes, quebrantados en la rueda y, por último, degollados, al cabo de seis horas de agonía, un barbero y un comisario de sanidad, acusados de haber propagado la peste que en aquel momento asolaba a los habitantes de dicha ciudad, esparciendo venenos y untando las paredes de las casas con un unto amarillo. La condena fue precedida de un juicio en el que naturalmente, según el modelo inquisitivo vigente en la época, los acusados fueron sometidos a crueles torturas, hasta que confesaron ser los autores de tales "maleficios" y, en consecuencia, de la propagación de la peste<sup>1</sup>.

En conmemoración de tales sucesos se erigió en 1630 en la ciudad de Milán una columna con inscripciones en latín, de no mala redacción, según testimonio de un viajero inglés que llegó a verla en 1700<sup>2</sup>, en la que se narraban estos hechos. La columna fue derribada poco después por el pueblo enfurecido como protesta por un proceder tan inhumano de la justicia. Manzoni, que, si se confirmaran las sospechas de que en realidad no era hijo de Pietro Manzoni, sino de Giovanni Verri, debía, por tanto, estar emparentado con el amigo y conturbio de Beccaria, Pietro Verri autor de unas "Observaciones sobre la tortura"<sup>3</sup>, utiliza este caso para demostrar no sólo la ignorancia y la superstición en la que se movían los Tribunales de Justicia de aquella época, sino también la inhumanidad y la brutalidad de un sistema probatorio como la tortura, que hacía confesarse culpables de graves crímenes inexistentes a personas totalmente inocentes.

Que, sin embargo, a este sistema bárbaro de obtención de prueba y de castigo que muchas veces acompañaba a la pena de muerte le quedaba todavía mucho para desaparecer lo demuestra el es-

1. Título original: *Storia della colonna infame*. Aquí se maneja la traducción de Elcio di Fiori, publicada por la editorial Bruguera, Barcelona 1984, con una excelente nota introductoria de Leonardo Sciascia.

2. En la citada nota introductoria (*supra* nota 1), Sciascia se refiere a un tal Addison citado por Foscolo en el *Gazzettino del Bel mondo*.

3. Hay versión en español, con un prólogo y notas de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, publicada en Buenos Aires, 1977, por editorial Depalma. De las relaciones entre Beccaria y los hermanos Verri, con los que formaba en Milán un grupo denominado la "Academia de los puños", informan casi todos los que han publicado algún trabajo sobre el autor del famoso escrito "De los delitos y de las penas", que Beccaria publicó gracias a la intervención de Pietro Verri. Una edición facsímil de la versión original al español de Juan Antonio de las Casas, aparecida en Madrid en 1774, ha sido publicada en 1993 en una edición conjunta del Ministerio de Justicia y del de Cultura, con una introducción de Tomás y Valiente.

peluznante relato de la ejecución del regicida Damiens que recoge Foucault en las primeras páginas de su archiconocida "Vigilar y Castigar"<sup>4</sup>:

"Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París, adonde debía ser llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano; después, en dicha carreta, a la plaza de Grève, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado (deberán serle) atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento".

El relato de esta ejecución es largo y no ahorra los detalles sobrecogedores del sufrimiento atroz a que fue sometido este pobre sujeto, pero puede obviarse aquí, por escabroso y por haberse reproducido ya en muchos lugares. Basta con señalar que todavía a finales del siglo XVIII, en plena época de la Revolución Francesa y de las Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, hubo una polémica en Sevilla entre el canónigo de la Catedral, D. Pedro de Castro, partidario acérrimo de la tortura, y el Fiscal de la Audiencia Juan Pablo Forner contrario a la misma, quien, sin embargo, prudentemente, como señala Tomás y Valiente<sup>5</sup>, y para no levantar las sospechas de la Santa Inquisición, se abstiene de citar en su libelo autores de aquella época tan notoriamente contrarios a la tortura como Voltaire, Beccaria o Fi-

langieri, lo que no es difícil de entender si se tiene en cuenta que en aquella época las "veleidades ilustradas" le habían costado el puesto al Asistente de la Ciudad de Sevilla, el ilustrado D. Pablo de Olavide<sup>6</sup>, que estuvo por orden de la Inquisición algún tiempo preso. Pocos años después (el 24 de agosto de 1781, en pleno reinado de Carlos III) fue quemada en Auto de Fe en el Prado de San Sebastián, una beata de Sevilla, de 45 años, ciega desde los doce años, porque al parecer hacía afirmaciones (y las practicaba) como que si el cuerpo pecaba, pero el alma no consentía no había en ello (es decir, en el acto sexual) pecado alguno, se dejaba azotar desnuda por sus confesores, a los que seducía, habiendo también alguna sospecha de lesbianismo con otras monjas compañeras del convento<sup>7</sup>.

La desaparición legal de la tortura como pena y como medio de prueba, primero excepcionalmente y ya de forma generalizada desde bien entrado el siglo XIX, no supuso entonces, ni supone ahora, por supuesto, su desaparición real en la práctica de la persecución y averiguación de los delitos, o simplemente en la eliminación o intimidación del adversario político, como lo demuestran actualmente las continuas denuncias que diariamente hacen Organismos internacionales, tales como Amnistía Internacional, de su práctica, bien de forma aislada en cualquier país del mundo, bien de forma masiva todavía en muchos países, como fue el caso en las todavía no muy lejanas dictaduras militares de los países del Cono Sur del continente americano; o más recientemente las denuncias de torturas practicadas por tropas norteamericanas contra los presos afganos e iraquíes en las cárceles de Guantánamo y Abú Craib. No es, por tanto, casual que exista incluso una Convención Internacional contra la tortura de 10 di-

4. Surveiller et punir. Aquí se maneja la versión castellana publicada por Siglo Veintiuno, 3.ª ed., Madrid 1982, págs. 11 y ss.

5. Cfr. TOMÁS Y VALIENTE. *La tortura en España*. 2.ª ed., Barcelona 1994, págs 256 y ss. La obra de FORNER, *Discurso sobre la tortura*, ha sido publicada en Chile, editorial Edeval, Valparaíso 1990, con un prólogo y notas de Manuel de Rivacoba y Rivacoba.

6. Sobre la vida y la obra de tan importante personaje de la Ilustración sevillana y de su caída en desgracia y subsiguiente proceso ante la Inquisición que lo condenó a varios años de prisión, informa extensamente Marcelin DEFOURNEAUX, *Pablo de Olavide, el afrancesado*, traducción de Manuel Martínez Camaró, Sevilla 1990.

7. Sobre este caso, véase AGUILAR PIÑAL, *Historia de Sevilla, Siglo XVIII*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2.ª ed., 1982, pág. 328. A este Auto de Fe alude, como testigo presencial, Blanco White, en su Obra inglesa, Buenos Aires, 1972, pág. 122 (citado por Aguilar Piñal, *loc. cit.*): "Tenía yo entonces unos ocho años y vi los haces de leña, sobre barriles de breja y alquitrán, en donde fue reducida a cenizas". De este Auto de Fe informa TORIO LÓPEZ, "Beccaria y la Inquisición española", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1971, pág. 401, nota 27, quien transcribe como apéndice una crónica de la época, relatando cómo se llevó a cabo el citado Auto y lo ejecución de la mujer (pág. 414). El dato refleja hasta qué punto lo Inquisición española todavía tenía fuerza en aquella época, incluso para condenar a muerte a personas por meras cuestiones de moral. Una de sus principales preocupaciones fue precisamente mantener el control sobre la sexualidad y el celibato de los clérigos, muchos de los cuales fueron condenados por "pecados sexuales" tales como el de "solicitud en el confesionario", precedente del actual "acoso sexual"; pero al tratarse de hombres, las penas fueron principalmente de prisión y en ningún caso la de muerte, lo que demuestra una vez más la misoginia que animaba a la Inquisición en materia de "desviaciones sexuales", en lo que podía llamarse "el miedo a las brujas"; véase al respecto: ALEJANDRE GARCÍA, *Osadías, vilezas y otros trajines*, Madrid 1995.

ciembre de 1984, a cuyo amparo, y por aplicación del Principio de Justicia Universal, la Cámara de los Lores inglesa concedió en 24 de marzo de 1999 la extradición a España del dictador chileno General Pinochet, por más que ésta no tuviera lugar luego, alegando el Gobierno inglés “razones de salud”<sup>8</sup>. O que en un caso más particular un Tribunal de Frankfurt en el año 2003 haya anulado como prueba la confesión obtenida “mediante amenaza de tortura” de un joven jurista que había secuestrado a un niño y pedido el pago de una alta suma para su liberación a los acaudalados padres del menor. El Jefe de la Policía alegó que autorizó que se le hicieran este tipo de amenazas al sospechoso, porque pensaba que aún podía salvar la vida del niño, aunque después se demostró que el niño había sido asesinado desde el primer momento. El sujeto fue finalmente condenado en base a otras pruebas, y no se tuvo en cuenta como prueba la confesión que se había obtenido de forma forzada<sup>9</sup>. Algo hemos avanzado, por tanto, desde los tiempos de la “columna infame”.

## II. Prueba prohibida y prueba ilícita

La prohibición de valorar en un proceso penal determinados medios de pruebas de los hechos que se juzgan, cuando estas pruebas se han obtenido mediante violación de derechos humanos fundamentales, está, pues, íntima y paralelamente

vinculada a la proscripción de la tortura, y es un principio jurídico fácilmente constatable tanto en las Constituciones y Leyes procesales penales de todos los países civilizados, como en las Declaraciones universales de derechos humanos. También los índices de Jurisprudencia están repletos de decisiones de Tribunales, tanto nacionales como internacionales, en las que se anulan o no se valoran pruebas obtenidas mediante torturas o malos tratos de los acusados; lo que demuestra también que a pesar de la vigencia jurídica universal de la proscripción de la tortura, ésta sigue siendo una práctica más o menos habitual en la indagación policial en muchos países. Es más, todavía el Tribunal Supremo israelí consideró en 1996 que un “cierto grado de violencia” era admisible contra los sospechosos de terrorismo; y aún está por ver lo que decide la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto a la situación de los presos de guerra afganos en la base militar norteamericana de Guantánamo (Cuba), que, por las noticias que se tienen, se encuentran en situaciones muy parecidas a la tortura y sin los derechos mínimos reconocidos en los Convenios internacionales a los presos. Y, desde luego, no son ya ningún secreto las torturas inflingidas a los presos iraquíes por las tropas estadounidenses en Irak (mayo 2004).

En todo caso, es de esperar que estos ejemplos de un auténtico “Derecho penal del enemigo”<sup>10</sup>, no se generalicen hasta el punto de volver a situa-

8. En contra de la extradición de Pinochet a España, RODRÍGUEZ RAMOS, *La extradición de Pinochet, error jurídico y ¿error político?*, La Ley 1999.

9. Sobre este caso y la sentencia del Tribunal de Frankfurt, véase ROXIN, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?” (versión española aún inédita. El texto recoge la conferencia que su autor pronunció en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, el 4 de marzo de 2004). De un supuesto similar me ocupé en el Dictamen que hice a petición de la acusación particular en el “caso Anabel Segura” (Dictamen sobre asesinato, secuestro y amenazas condicionales, Sevilla 1997, inédito). En este caso se planteaba, entre otros extremos, la posibilidad de aplicar el tipo cualificado de detenciones ilegales del art. 164 del Código penal (secuestro), cuando la petición de rescate para liberar al secuestrado había ido precedida de su asesinato. En contra de esta posibilidad se había pronunciado la Audiencia Provincial de Toledo en sentencia de 3 febrero 1998, alegando que la expresión utilizada en la redacción de este tipo delictivo en el art. 164 del Código penal de 1995 “para ponerla en libertad”, vedaba esta posibilidad por requerir que la víctima aún esté con vida. En cambio, la STS 5 marzo 1999 acogió plenamente el razonamiento desarrollado en mi dictamen, no sólo porque de interpretar el art. 164 en el sentido propuesto por la Audiencia, éste tendría un efecto criminógeno, pues supondría tanto como decirle al secuestrador que matare al secuestrado antes de pedir el rescate, sino también porque la frase “para ponerla en libertad” debe interpretarse desde el punto de vista de los destinatarios de la petición del rescate, que obviamente no soben en el momento en el que la reciben que el secuestrado ha sido ya asesinado y lógicamente esperan que con el pago consigan salvarla y obtener su libertad. En el caso de mi dictamen, esta situación angustiosa de espera e incertidumbre sobre si la secuestrada vivía o no, se mantuvo durante dos años; en el caso alemán, sólo unos días; pero en ambos la víctima del secuestro había sido asesinada inmediatamente después del secuestro. También en el caso español habría sido anulada la prueba de confesión de los secuestradores si ésta se hubiera obtenido mediante algún tipo de presión que pudiera calificarse de tortura, tanto si se hubiera conseguido salvar a la víctima, como si ésta hubiera ya fallecido. Cfr. también, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 14.ª ed., Valencia 2002, págs. 175 y ss.; y LANDROVE DÍAZ, *Detenciones ilegales y secuestros*, Valencia 1999, págs. 131 y ss.: “La petición de rescate por una liberación imposible”.

10. Esta expresión acuñada por JAKOBS (Feindstrafrecht), describe un tipo de Derecho penal en el que, junto a penas draconianas, más allá de la idea de proporcionalidad, y la anticipación de la intervención del Derecho penal a conductas alejadas de la puesta en peligro de bienes jurídicos, se recortan garantías procesales del imputado que constituyen verdaderos derechos fundamentales (Cfr. JAKOBS, *La Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente*, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT, *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, versión española por Francisco Muñoz Conde, Valencia 2004. Evidentemente, ello supone una regresión histórica a

ciones procesales características del sistema inquisitivo y contrarias al Estado de Derecho.

Pero dejando ahora a un lado estas violaciones, no por puntuales menos significativas y preocupantes de principios jurídicos universalmente admitidos, que ni siquiera como parte de un programa de lo que se ha dado en llamar “Derecho penal del enemigo” aparecen recogidas en ningún Ordenamiento jurídico de los países civilizados, la principal fuente de controversias doctrinales y decisiones judiciales sobre el carácter de prueba prohibida de las obtenidas con violación de derechos fundamentales, la deparan hoy las derivadas del empleo de medios audiovisuales. Con gran brillantez, pone de relieve esta evolución en la materia de lo que constituye objeto de referencia de la prueba prohibida, el gran procesalista argentino Julio MAIER<sup>11</sup>, cuando dice en su *Derecho procesal penal* literalmente lo siguiente:

“Las llamadas limitaciones o prohibiciones probatorias (...) sirvieron, en un principio, para designar la inadmisibilidad procesal de la incorporación al procedimiento (prohibiciones de recolección probatoria) y, como consecuencia, a la fundamentación del fallo (prohibiciones de valoración probatoria), de ciertos conocimientos o información con vulneración de reglas que vedan el objeto de conocimiento (limitaciones absolutas o referidas a la prohibición del tema probatorio) o el mecanismo de recolección de la información (limitaciones relativas referidas a la prohibición de medios de prueba) (...). Dentro de esta problemática, desarrollada históricamente sobre la base de los métodos de investigación tradicionales, aparece hoy agregado a ella un problema nuevo, perteneciente a la llamada ‘posmodernidad’ y de la mayor gravedad, pues el alcance veloz y, al parecer, arrollador, de las ciencias naturales y de la técnica —frente a los tiempos de las ciencias culturales (una de las cuales es la ciencia jurídica), verdaderas tortugas en comparación con aquéllas— ha concebido medios de indagación de la verdad y de información que superan geoméricamente las posibilidades antiguas, desde escuchas a distancia con transmisores supersensibles, transmisiones audiovisuales o grabaciones ocultas, hasta el cruza-

miento de informaciones almacenadas en bancos de datos, posible en tiempo útil sólo por ordenadores... Todo el tema es, sin duda, uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal (...).”

Parece, pues, que también en el ámbito de la evolución de los medios de prueba procesalmente admisibles, y no sólo en el sistema del castigo, hemos pasado de la fase que caracterizaba Foucault como “control del cuerpo” (la tortura), a la fase de “control del alma” (la captación de la palabra, la imagen o el sonido, como elementos más característicos del núcleo estricto de la intimidad y, por tanto, de la parte espiritual de la personalidad)<sup>12</sup>. Probablemente ello no es más que, como el mismo Foucault enseña, el síntoma inevitable de la evolución de los sistemas sancionatorios, en función de la transformación de las relaciones de poder del cuerpo social entero hacia formas cada vez más sutiles y perfeccionadas de control social. Pero obviamente a diferencia de lo que sucede con la tortura, el empleo de los medios audiovisuales en la averiguación y, en su caso, prueba de un delito no produce el mismo rechazo o repulsión moral, entre otras cosas porque no siempre lesiona un derecho fundamental y su utilización puede ser admitida, siempre, claro está, que ello sea compatible con los derechos fundamentales del ciudadano que garantiza la Constitución y los Pactos internacionales de Derecho civiles y se lleve a cabo con determinados procedimientos y garantías.

La eterna tensión entre la tarea de investigar y, en su caso, castigar el delito, y la de respetar los derechos fundamentales del acusado, se acentúa cuando no hay, como en el caso de la tortura, una prohibición absoluta, sino una relativa que depende del cumplimiento de determinados requisitos fijados legalmente, o de las diversas circunstancias concurrentes en cada caso que deben ser ponderadas por el juzgador. La pluralidad de situaciones en las que estas técnicas pueden ser utilizadas, dificulta una valoración unitaria de las mismas desde el punto de vista de su admisibilidad como pruebas en el proceso penal (y, por supuesto, también, aunque con distintos matices, en el proceso civil, laboral o administrativo); de ahí

un “Derecho penal de sangre y de lágrimas” claramente incompatible con los principios del Estado de Derecho. Para más detalles sobre ello, véase MUÑOZ CONDE, *El derecho penal del enemigo*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2003 (también recogido en LOSANO/MUÑOZ CONDE (comp.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia 2004). Un resumen del mismo específicamente dedicado a analizar este modelo de Derecho penal se encuentra en Homenaje a Roxin, *La Ciencia penal alemana y su influencia en Latinoamérica*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2003, tomo I, págs. 117 y ss.: “Consideraciones sobre el Derecho penal del enemigo”. Algunas de estas reflexiones críticas se encuentran ya expuestas en mi artículo “Hacia un Derecho penal de enemigo”, publicado en el diario *El País*, 15 enero 2003.

11. *Derecho procesal penal*, Tomo II. Parte General Sujetos procesales, Buenos Aires, 2003, págs. 134 y s. (cursivas en el original).

12. Véase FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, cit., págs. 29 y ss.

que sea difícil delimitar *a priori* y sin referencias a casos concretos, cuándo, por ejemplo, las grabaciones audiovisuales, pueden considerarse como medios de prueba legítimos y cuándo no<sup>13</sup>.

La doctrina ha establecido varios criterios de distinción, pero ha sido sobre todo la Jurisprudencia constitucional, la que a través de la delimitación del ámbito de protección de los derechos fundamentales, cuya violación da lugar al recurso de amparo, ha establecido el principio general de que no pueden surtir efecto probatorio las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales. El punto de partida en nuestra Jurisprudencia constitucional es la STC 114/1984, de 29 noviembre, especialmente interesante para el tema que nos ocupa, porque se trataba de un caso de grabación fonográfica de la conversación por el interlocutor y su admisión como prueba, si bien en un proceso laboral por despido, y aunque finalmente el TC denegó el amparo, estimando que no hubo lesión de derecho fundamental (sobre ello volveremos más adelante, infra IV), en esta sentencia se estableció por primera vez como *principio* la imposibilidad de valorar procesalmente la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, "como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales". Ésta es también la tesis que luego fue acogida expresamente en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "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*"<sup>14</sup>.

Esta prohibición general no es aplicable, sin embargo, de forma tan contundente, cuando la

obtención de la prueba se derive de un hecho antijurídico que no lesiona un derecho fundamental. Pero incluso en algún caso de lesión de un derecho fundamental, algún sector doctrinal se inclina por la posibilidad de su valoración<sup>15</sup>. A estos efectos se distingue doctrinalmente entre *prueba prohibida*, que no puede valorar en ningún caso, y *prueba ilícita*, que sí puede ser objeto de valoración en determinadas circunstancias; de ahí que muchas veces la polémica sobre cuándo puede valorarse como prueba una que se ha obtenido a través de un medio antijurídico que no lesiona, directa o indirectamente, un derecho fundamental, gire también en torno a otros criterios o principios, como el de proporcionalidad, buena fe, etc., que sin tener la misma fuerza que los que se basan en la lesión de un derecho fundamental, también pueden conducir a la nulidad de la prueba que se haya obtenido<sup>16</sup>. Pero incluso en el ámbito de las pruebas que se obtienen a través de una limitación directa de algún derecho fundamental, se admite que algunas por su propia naturaleza implican siempre en su práctica algún tipo de injerencia en derechos fundamentales como la integridad física, la libertad individual, la intimidad, etc., sin que ello implique su nulidad, siempre que se cumplan determinados requisitos determinados legalmente. Por lo tanto, tanto en el caso de que se limiten derechos fundamentales, pero cumpliendo determinados requisitos legales, como en aquellos otros en los que se obtenga la prueba de modo ilícito, pero sin infringir derechos fundamentales, puede que la prueba sea admisible y valorarse procesalmente, dependiendo ello de una ponderación de intereses que unas veces viene ya fijada y formalizada en la ley, y otras de una valo-

13. Constituye, por tanto, una burda manipulación de las decisiones jurisprudenciales poner, en ésta o en cualquier otra materia, una sentencia detrás de otra, de entre las que se pronuncian a favor o en contra de una determinada tesis, sin referirse al caso de que se trata y a las particularidades y circunstancias que concurren en cada caso. Un proceder de este tipo suele ser, sin embargo, habitual entre los que tienen pobre capacidad de argumentación, o simplemente quieren apabullar cuantitativamente al adversario con argumentos poco convincentes y ciertamente sesgados.

14. Sobre los orígenes de este precepto y su ámbito de aplicación, véase DE LA OLIVA SANTOS, "Sobre la ineficacia de las pruebas obtenidas ilícitamente", en *Tribunales de Justicia*, agosto-septiembre, 2003, págs. 1 y ss.

15. Véase DE LA OLIVA, ob. cit., pág. 5, pues según este autor "de lo que se trata aquí no es de la validez o nulidad de las actuaciones en sí mismas, sino de que carezcan de todo efecto sus ulteriores derivaciones".

16. Una problemática distinta plantea la llamada prueba irregular, que es la obtenida sin cumplimentar algunos requisitos procesales no esenciales y cuya ausencia puede, por tanto, ser subsanada posteriormente generalmente la firma o los datos de identidad del titular del inmueble registrado conforme al art. 558 de la LECrim.). En general, se puede decir que toda prueba "obtenida contraviniendo la ley" es una prueba ilícita; pero obviamente no todas ellas tienen el mismo efecto. Para una exposición resumida de los distintos criterios doctrinales existentes al respecto, véase PAZ RUBIO, en "La prueba en el proceso penal", en *Cuadernos de Derecho judicial*, CGPJ, Madrid 1992, pág. 227; CHOCLÁN MONTALVO, "La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites", *Poder Judicial*, n.º 39, págs. 49 y ss. Respecto al valor probatorio de la prueba prohibida, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid 1990; MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona 1999. Para una exposición de la bibliografía existente en español sobre ilicitud probatoria, véase DE LA OLIVA, ob. cit., págs. 11 y s., y los trabajos de MARTÍNEZ GARCÍA, SANCHÍS CRESPO, GUTIÉRREZ BERINCHES y PUJADAS TORTOSA, contenidos en el mismo número 8-9, agosto-septiembre, 2003, de *Tribunales de Justicia*.

ración judicial de las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Una problemática particular plantea, sin embargo, la interpretación de la expresión “indirectamente” empleada en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por un lado, si se interpreta estrictamente, conforme a la teoría elaborada hace ya casi un siglo por la Corte Suprema norteamericana y seguida inicialmente por el TS español, que impide utilizar “el fruto del árbol envenenado”<sup>17</sup>, es decir, no sólo en la prueba obtenida directamente con violación de derechos fundamentales, sino en otras que no los lesionan directamente, pero que se derivan de una prueba prohibida, no sólo no puede valorarse el dato obtenido mediante la lesión directa de un derecho fundamental (a través de, por ejemplo, un acto de tortura, o mediante una grabación o escucha ilegal), sino también el que se obtenga indirectamente de dicha lesión (la droga aprehendida tras haber confesado el sospechoso donde se encuentra, o tras haberse conseguido la información a través de una conversación telefónica privada grabada ilegalmente). Por el contrario, una interpretación más atemperada de lo tan contundentemente dispuesto en el art. 11.1 de la LOPJ, considera que cuando la nueva prueba se pudo obtener también de forma independiente y observando las reglas prescritas legalmente (el juez autoriza el registro y está presente en el momento en que se aprehende la droga o el vídeo comprometedor), esta segunda prueba es plenamente válida.

La Jurisprudencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del TS ha oscilado entre ambas tesis, hasta que el Tribunal Constitucional en su sentencia 81/1998, introdujo la *teoría de la conexión de la antijuricidad*, considerando que una prueba derivada de una prueba prohibida puede ser admitida, cuando se obtenga de un modo independiente o se hubiera podido obtener de todos modos, desconectada de la antijuricidad originaria de la prueba prohibida<sup>18</sup>. Ésta es también la tesis que acoge ahora el art. 230 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando señala que “la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fuesen independientes de aquél ni la

de aquellos cuyo contenido no pudiere haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad”. Ello es consecuencia del “principio de la conservación de los actos”, según el cual la nulidad radical de un acto no implica la nulidad de cuanto sea subsiguiente a dicho acto<sup>19</sup>. Tesis que igualmente recoge el art. 242 de la LOPJ: “1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun si haberse cometido la infracción que dio lugar a su nulidad. 2 La nulidad de parte del acto no implicará la de las demás del mismo que sean independientes de aquélla”. Así, por ejemplo, en el caso comentado por Roxin, el cadáver del niño secuestrado se encontró por la confesión del secuestrador obtenida mediante amenazas, pero igualmente se hubiera podido encontrar por otros medios de investigación legalmente admisibles.

No obstante, no cabe duda de que con este tipo de interpretaciones se puede convertir la tajante declaración contenida en el art. 11.1 de la LOPJ en una declaración de principios puramente simbólica, sin ningún efecto práctico, y mucho menos con un efecto práctico “preventivo” de las actuaciones incorrectas de los agentes públicos encargados de la investigación y, en su caso, condena de un hecho delictivo. La posibilidad de “saneamiento perverso” que puede conseguirse por esta vía, convirtiendo una prueba prohibida en una conforme a Derecho, obliga a ser muy cauto con una tesis tan amplia que prácticamente ignora la expresión “indirectamente” contenida en el art. 11.1 de la LOPJ. Un caso de esta forma de “saneamiento perverso” de un dato obtenido a través de una prueba prohibida, se dio en USA en el “caso O.J. Simpson”, al alegar la Policía que entró sin autorización judicial en el domicilio del famoso deportista Simpson, sospechoso de haber asesinado a su ex mujer y al amante de ésta, porque pensaba que su vida podía correr peligro, y no para obtener ninguna prueba en su contra (“principio de la buena fe” o “*good faith exception*”, también reconocido en el inciso primero del apartado 1 del

17. Dicha tesis fue formulada por primera vez por la Corte Suprema norteamericana en el caso “Silversthorne Lumber Co. vs. US (1920)”, en él que se estableció que la llamada “regla de exclusión” (*exclusionary rule*), según la cual se prohíbe la utilización de toda prueba que hubiese sido obtenida de forma ilícita por un agente de la autoridad federal (afirmada ya en el caso “Boyd vs. US, 1886”), también era aplicable a cualquier otra prueba incriminatoria que se derivase de la obtenida ilícitamente. Tanto una, como otra tesis han sufrido después algunas modificaciones de carácter restrictivo, sobre todo a partir de los años 60 del pasado siglo (véase: HAIRABEDIAN, *La prueba obtenida ilícitamente por particulares*, en Nueva Doctrina Penal (Buenos Aires), 2001/B; FIDALGO GALLARDO, *La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas en los Estados Unidos de América*, en La Ley, 2003).

18. Cfr. al respecto DE JUANES PECES, *La prueba prohibida, análisis de la STC 81/1998*. “Un nuevo enfoque de la presunción de inocencia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 353, 1998

19. DE LA OLIVA, ob. cit., p.5.

art. 11 de la LOPJ, aunque de una forma que no excluye la validez del principio de exclusión de la prueba prohibida contenido en el inciso siguiente). De este modo el guante ensangrentado que allí se encontró, fue admitido como prueba, aunque después por defectos en la práctica de la prueba pericial el análisis de la sangre no arrojó ningún dato concluyente sobre la culpabilidad de Simpson, quien, como es sabido, por éstas y otras razones (la falta de credibilidad del policía que encontró el guante), fue absuelto<sup>20</sup>. Pero lo que aquí interesa destacar es que la prueba del guante, salvo que se crea la poco creíble versión de la policía de Los Ángeles, se derivaba indirectamente de una prueba prohibida obtenida mediante la lesión de un derecho fundamental: el de la inviolabilidad de domicilio, y, por tanto, no debió haber sido valorada.

El tema de la valoración de las pruebas directa o indirectamente obtenidas mediante vulneración de derechos fundamentales admite, por tanto, muchas matizaciones, sobre todo si se tiene en cuenta que la casuística de las situaciones que pueden presentarse es inabarcable; tanto más, en un tema tan casuístico y actual como es el de la valoración de las pruebas obtenidas a través de grabaciones audiovisuales que violentan los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen reconocido en el art. 18.1 de la CE, en el que difícilmente pueden hacerse declaraciones genéricas, ni mucho menos aprioristas y desvinculadas de las particularidades del caso concreto, ni a favor, ni en contra de su admisión. Pese a ello, en una primera aproximación al tema, creo, sin embargo, que desde el primer momento debe hacerse una distinción que, a mi juicio, en esta materia es fundamental, y que muchas veces pasa desapercibida a la doctrina y a la propia jurisprudencia cuando se ocupa de este tema, pues evidentemente no es lo mismo que se trate de la valoración como prueba de grabaciones audiovisuales realizadas, directa o indirectamente, por órganos del Estado, en cumplimiento de su misión de averiguar y castigar el delito (cfr. infra III); que de la valoración de esas mismas grabaciones realizadas entre o por particulares, incluso con finalidades delictivas (cfr. infra IV). Por razones fáciles de comprender, la distinción tiene consecuencias importantes, tanto en lo que se refiere

a la validez de la prueba misma y a la forma en que se practique, como a su valoración como prueba, de ahí que procedamos a su análisis por separado.

### III. Las injerencias en el ámbito privado a través de grabaciones audiovisuales efectuadas por órganos estatales

El principio del que se parte en esta materia es el de que las injerencias en el ámbito privado por parte del Estado sólo está permitida excepcionalmente en los casos previstos legalmente. Ello parece obvio si se tiene en cuenta que en estos casos la injerencia procede de un órgano estatal, que por legítimo y explicable que sea su afán por conseguir pruebas que determinen la condena del autor de un delito, puede, con toda la prepotencia que le coloca en un nivel superior al del simple ciudadano, conculcar derechos tan fundamentales como, por ejemplo, el derecho a la intimidad o a la inviolabilidad de domicilio, que son los que más directamente se pueden ver afectados por estas injerencias.

Sin embargo, algunas de estas injerencias pueden ser imprescindibles para la averiguación, persecución y, en su día, condena de los delitos. Renunciar a ellas en estos momentos supondría tanto como renunciar a una tarea tan fundamental para el Estado de Derecho como es el ejercicio eficaz de su poder punitivo en la lucha contra la delincuencia. Sólo que una vez más debe decirse que este derecho, legítimo desde el momento en que lo sea la existencia del propio Derecho penal, y en cuanto el proceso penal se centra en una "búsqueda de la verdad"<sup>21</sup> relativa, no puede ejercerse a toda costa o a cualquier precio, con merma de los derechos fundamentales, o al margen de los requisitos y presupuestos legales que regulan la posible injerencia en ellos. De ahí que en esta materia, se hayan promulgado desde el momento en que empezaron a utilizarse estos medios como medios de averiguación y prueba del delito en el proceso penal una serie de normas que pretenden formalizar o protocolizar con todo lujo de detalles, precauciones y garantías, los casos en que pueden emplearse y utilizarse legítimamente como medios de prueba, creándose así una especie de "justificación por el procedimiento", en la que

20. Sobre este caso y las irregularidades procesales que se dieron en el proceso, véase FLETCHER, *Las víctimas ante el Jurado*, traducción de Medina Ariza y Muñoz Aunión, Valencia 1997, págs. 349 y ss.; DERSHOWITZ, *Reasonable Doubts; The Criminal Justice System and O.J. Simpson Case*, New York, 1997, págs. 41 y ss. y 197.

21. Véase MUÑOZ CONDE, "La búsqueda de la verdad en el proceso penal", Lección Inaugural del Curso 1998/99 en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Sevilla 1998 (hay una versión publicada como artículo en la *Revista de Derecho y Proceso penal*, núm. 1, 2000). Una versión ampliada ha sido publicada en la editorial Hammurabi, 2ª edición, Buenos Aires, 2003.

lo que justifica y legitima la actuación del órgano estatal es el cumplimiento de determinados requisitos formales, tales como la autorización judicial, como por ejemplo en los supuestos previstos en el art. 550 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>22</sup>. Ello se deriva también de lo que dispone el art. 53.1 de la Constitución española que obliga a regular por ley el ejercicio de los derechos y libertades que se recogen en el Título I, capítulo II de la misma<sup>23</sup>. Sólo en la medida en que se cumplan esos requisitos formales, la actuación, por ejemplo, de la Policía, en una entrada o registro, será correcta, aunque materialmente no lo sea (por ejemplo, si hubo un error en la identidad del detenido, éste tendrá derecho a recurrir pero no a resistir o disparar contra el policía que lo detiene).

Sin embargo, tampoco aquí pueden establecerse criterios generales, no ya sólo por las particularidades de cada caso, sino porque, dependiendo de si trata de la esfera estricta de la intimidad en el seno del domicilio particular, o de una intimidad más genérica manifestada también en espacios públicos, el grado de formalización exigido y/o exigible puede ser más o menos estricto. Ello impone, a mi juicio, una distinción según se trate de injerencias estatales en el ámbito de la intimidad domiciliaria (a), o de injerencias estatales en los actos privados, pero realizados en espacios públicos (b). Veámoslos, pues, por separado.

#### a) En el ámbito privado

Las primeras de esas normas surgieron en las Leyes procesales penales del siglo XIX para regular la entrada y registro en domicilios particulares, pero luego se extendieron o se crearon *ex profeso* otras para regular las escuchas telefónicas y la captación por medios audiovisuales de las actividades que se llevan a cabo en el ámbito privado o de la intimidad. La regulación legal contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal es tan insuficiente (véase art. 579 LECrim.), que ha obligado a la jurisprudencia, tanto del Constitucional, como del Supremo, a adoptar importantes decisiones que las particularidades del caso concreto hacen muchas veces que parezcan contradictorias.

El requisito principal que se exige, también en el art. 579.2 y 3, es la autorización judicial motivada. A partir de ahí se añaden otros requisitos como la existencia de un proceso penal abierto, la necesidad de revisión de la autorización judicial cada cierto tiempo, limitación temporal de la medida y además, aunque no viene exigido en la Ley, el principio de proporcionalidad, que de algún modo limita la injerencia en el derecho a la intimidad a la investigación de delitos de cierta gravedad, aunque no se especifiquen exactamente cuáles. Pero incluso cuando se trata de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 del art. 579 de la LECrim., podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

Una decisión importante a este respecto, que delimitó con mayor nitidez los requisitos exigidos en el art. 579, fue el Auto del TS de 19 junio 1992 ("caso Naseiro"; ponente: Ruiz Vadillo), en el que una escucha telefónica autorizada judicialmente se anuló como prueba, en base a que no hubo un control judicial permanente de su ejecución, pero sobre todo a que el delito que se detectó a través de la escucha podía ser todo lo más "conspiración a un cohecho" y no el de tráfico de drogas que era el delito por el que se había autorizado la escucha.

Más lejos aún llega la sentencia del Pleno del TC 18/2003, de 23 octubre (ponente: Casas Baamonde), en la que se anula la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 29 diciembre 1999, que condenó por cohecho y falsedad mercantil a unos funcionarios implicados en casos de cobro de "comisiones ilegales" en base a unas escuchas telefónicas decretadas judicialmente a partir de una denuncia anónima. La sentencia del Tribunal Constitucional considera, tras un análisis detenido de la jurisprudencia del Tribunal Eu-

22. Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, 5.ª ed., Valencia 2002, págs. 316, 340, 345. A veces el grado de formalización exigido va más allá del que el propio legislador ha establecido. Así, por ejemplo, el art. 21.2 de la Ley de Seguridad ciudadana, en su versión originaria autorizaba la entrada en domicilio a los miembros de las Fuerzas de orden público en caso de "conocimiento fundado" por parte de éstos de que se estaba cometiendo un delito de tráfico de drogas, sin necesidad de permiso judicial; dicho precepto fue, sin embargo, declarado inconstitucional por STC 341/1993, de 18 noviembre.

23. En el mismo sentido el art. 8.2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, después de reconocer en el apartado 1 que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia", dice: "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad social, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás".



ropeo de Derechos humanos y tras denunciar las insuficiencias de la regulación española sobre la materia, que “no puede sostenerse que en el momento en que se acordaron las primeras intervenciones telefónicas existiera una base real exteriorizada en la resolución judicial, la solicitud policial, o incluso en el escrito de denuncia anónimo, a partir del cual se iniciaron las diligencias preliminares”.

Para el Tribunal Constitucional

*El indicio de credibilidad no puede reputarse suficiente, en el caso analizado, a los efectos de sustentar la concurrencia del presupuesto habilitante y, en consecuencia, la proporcionalidad de la intervención telefónica”.*

En consecuencia, anula también las posteriores grabaciones telefónicas, en las que sí se obtienen indicios delictivos, por “existir una concatenación temporal y lógica” con las primeras, manifestando expresamente:

“La declaración de vulneración del secreto de las comunicaciones del primer Auto de autorización de la intervención telefónica tiene como consecuencia la vulneración del mismo derecho por las resoluciones posteriores que se adoptaron con fundamento en los datos conocidos directamente a través de la primera intervención telefónica, cuya ilegitimidad constitucional acabamos de declarar (en el mismo sentido, STC 299/2000, de 11 diciembre, F. 6). Y ello con independencia de que pueda entenderse que las posteriores autorizaciones se sustentaban en datos objetivos y no meras conjeturas, pues la fuente de conocimiento de los mismos es la primera intervención telefónica declarada inconstitucional”.

No cabe duda de que con ello el Tribunal Constitucional da un espaldarazo a la importancia del derecho a la intimidad que no puede ser vulnerado simplemente en base a simple conjeturas o sospechas de conducta delictiva, sin base objetiva alguna, o basándose en una denuncia anónima. Si no fuera así, bastaría que alguien que quiere molestar a su enemigo o incluso la propia policía provocaren con una denuncia anónima, sin otro apoyo legal que el mero rumor (“se le imputa un rápido enriquecimiento a la sombra de Manuel D.M.”, se decía en el caso fallado por el Constitucional), para que automáticamente el teléfono de cualquier ciudadano pudiera ser intervenido. Esto parece olvidarse por los Magistrados que formularon voto particular (García Calvo, Rodríguez Zapata y Conde), que, en todo caso, tras asumir tam-

bién la insuficiencia de la regulación legal española sobre la materia, consideran que hubo otras pruebas, obtenidas lícitamente, que sí pudieron servir para la condena. Pero la idea de proporcionalidad, que dichos Magistrados también acatan como límite para una intervención en un derecho fundamental como es el de la intimidad, no sólo exige la gravedad del delito que se investiga, sino también que existan verdaderos “indicios” de que se haya podido cometer, basándose para ello en el algo más que en simples conjeturas o en escritos anónimos.

La idea de la proporcionalidad es también exigida por la jurisprudencia y la doctrina alemanas, que tienen en este sentido a su favor que el párrafo 100 b V StPO (Ley de Enjuiciamiento criminal alemana) dice expresamente que no pueden emplearse procesalmente las pruebas obtenidas a través de una intervención telefónica cuando se trate de delitos respecto a los cuales no está permitida la intervención y sobre aquellos que no están en conexión con los delitos respecto a los cuales se ha autorizado la intervención. “Si, por ejemplo —dice ROXIN—, se ha intervenido el teléfono de un sospechoso en un delito de tráfico ilícito de drogas agravado, pero la intervención sólo prueba un robo o una estafa cometidos por el sospechoso, no puede ser utilizado este material en su contra”<sup>24</sup>. Más discutible parece, sin embargo, la decisión del Tribunal Supremo Federal alemán, citada también por ROXIN<sup>25</sup>, que prohibió usar como prueba la grabación de una conversación privada de un matrimonio mientras comía y en la que se detectó un asunto de tráfico de drogas, ya que la misma se había producido porque el teléfono había quedado mal colgado y la autorización judicial sólo se refería a la conversación telefónica no a la privada del matrimonio que se grabó por casualidad. En este tema de los “hallazgos casuales” la jurisprudencia suele ser bastante contradictoria, pero, en todo caso, la idea de proporcionalidad impone un límite material adicional a los requisitos puramente procedimentales con que debe realizarse la medida de grabación.

Sin embargo, ni la legislación ni la jurisprudencia españolas dicen nada ni respecto al ámbito de la intimidad que puede ser controlado de esta manera, ni respecto a la posibilidad de que se instalen de forma permanente durante un cierto tiempo escuchas en ámbitos de la más estricta intimidad. La licitud de las grabaciones realizadas en este ámbito (las llamadas “grandes escuchas”),

24. ROXIN, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, traducción de Gómez Rivero y García Cantizano, Valencia 2000. p.147.

25. Ob. y lug. u. cit.

y su utilización como prueba, es actualmente en muchos países un tema bastante controvertido. Así, por ejemplo, en Alemania el tema de las "grosse Lauschangriffe" ha sido objeto de una regulación legal expresa, que ha sido cuestionada desde el punto de vista de su constitucionalidad. Al principio, de acuerdo con la "teoría de los dos niveles" elaborada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, se diferenciaba entre el simple ámbito privado y el "ámbito intangible de la vida privada". Las diferentes consecuencias procesales según se trate de uno u otro ámbito radicaba en que los medios de prueba que afectan al primero pueden ser utilizados de acuerdo con una ponderación entre el interés a la averiguación estatal en la verdad y el del procesado a que se respete su ámbito privado; mientras que cuando se trata del "ámbito intangible" el interés general no puede nunca justificar una injerencia en el mismo. Las diferencias entre uno y otro ámbito son, sin embargo, como reconoce ROXIN<sup>26</sup>, difíciles de marcar y ello provoca dificultades en su aplicación práctica, como lo demuestra el caso fallado por el Tribunal Supremo Federal en el que se condenó a un individuo acusado de haber matado a una mujer en base a las notas personales que había escrito en su diario íntimo. Evidentemente, si el diario íntimo pertenece al "ámbito intangible de la intimidad", las anotaciones que en él se encuentran no pueden ser utilizadas, según la tesis del Tribunal Constitucional antes mencionada, en contra de su titular. La decisión de este Tribunal en 1989 (BVerfGE, 80, 367) no fue, sin embargo, pacífica, ni unánime, y tras un reñido empate (cuatro Magistrados votaron a favor de su valoración, y cuatro en contra), se mantuvo la sentencia del Supremo favorable a su valoración como prueba y en base a la cual el acusado fue condenado<sup>27</sup>.

*EXCURSO I: Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG) de 3 de marzo 2004.*

*A la vista del estado contradictorio y a veces confuso de la jurisprudencia alemana, el legislador alemán quiso zanjar las dudas y vacilaciones jurisprudenciales, regulando expresamente el problema. En un principio, en 1992, se permitieron las escuchas secretas de conversaciones llevadas a cabo fuera del domicilio; pero, posteriormente, en 1997 se añadió al artículo 13 de la Ley Funda-*

*mental de Bonn, cuatro nuevos párrafos (3 a 6), en los que se admite la posibilidad de que en casos de delitos especialmente graves se instalen sistemas técnicos de escucha en el interior de la vivienda en la que reside el sospechoso; esta medida sólo puede ser acordada judicialmente y por tiempo determinado.*

*A partir de la nueva normativa constitucional, se aprobó por el Parlamento alemán el 4 de mayo de 1998 una Ley para la mejora de la lucha contra la criminalidad organizada por la que se modificó la Ordenanza del Proceso penal (StPO), introduciendo en ella los arts. 100 c y ss., en los que se regulan los requisitos para acordar la medida de vigilancia acústica de un domicilio particular, siempre que ésta sea aprobada por una Sala especial, o en caso de urgencia por su Presidente, durante un plazo determinado, en caso de sospecha de un grave delito (especificando en una larga lista los delitos en los que esta medida es posible) y cuando la investigación del hecho fuera de otro modo extraordinariamente difícil o imposible<sup>28</sup>.*

*Contra esta reforma interpusieron recurso de inconstitucionalidad varios diputados. La Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal ha acogido en parte este recurso en su sentencia de 3 de marzo 2004, declarando por unanimidad que la implementación procesal de la reforma constitucional que se hizo en 1998 es en gran parte inconstitucional "por no cumplir en toda su extensión las exigencias jurídicas constitucionales en relación con la protección de la dignidad humana (Art. 1, 1 GG), el principio de proporcionalidad comprendido en el Estado de Derecho, la garantía de una efectiva protección jurídica (Art. 19, 4 GG) y el derecho a ser oído (Art. 103, 1 GG)". Dos magistradas de dicho Tribunal, Jaeger y Hohmann-Dennhardt, formularon voto particular, considerando que además debería haber sido declarada igualmente inconstitucional la reforma del art. 13 de la GG que dio lugar a la reforma de la Ordenanza Procesal, por considerar que el derecho a la intimidad domiciliaria al afectar a los principios recogidos en los arts. 1 y 20 de la Ley Fundamental no puede ser objeto de ninguna intervención, "pues el desarrollo de la personalidad requiere de espacios reservados, en los que el individuo se pueda expresar autónomamente sin miedo a ser vigilado y comunicar confiadamente sus opiniones y*

26. Ob. cit., pág. 149.

27. Cfr. ROXIN, ob. cit. pág. 155, quien, como la mayoría de la doctrina, se muestra contrario a la admisión como prueba del diario. Cfr. también AMELUNG, "Die zweite Tagebuchsentscheidung des BVerfG", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, págs. 1753 y ss.

28. Véase sobre esta reforma ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25.ª ed., 1998, párrafos 71, 72 (hay traducción española, publicada en Buenos Aires, editora del Puerto, 2000). Una breve referencia a esta reforma también en ROXIN, *La evolución*, cit., págs. 155 y s.

sentimientos personales. Precisamente en un mundo, en el que ha llegado a ser posible perseguir y grabar cualquier movimiento o comunicación de una persona, la vivienda privada sirve al individuo como el último refugio, en el que puede manifestar sin ser observado la libertad de sus pensamientos. Ella (la vivienda particular) es, por tanto, como lugar medio para preservar la dignidad humana”.

El argumento principal en el que se apoyan los magistrados alemanes en su sentencia de más de 150 páginas para declarar inconstitucional la reforma procesal es que la “dignidad humana protege el núcleo de la configuración privada de la vida” y, en consecuencia, “todo ciudadano tiene derecho a estar tranquilo en su casa”. La sentencia analiza y desmenuza cuidadosamente los argumentos que se oponen a esta regulación también desde el punto de vista del núcleo estricto de la intimidad; sin embargo, la mayoría de cinco de esos Magistrados admite, excepcionalmente y bajo estricto control judicial, el empleo de medios de vigilancia acústica del domicilio privado cuando se trate de controlar conversaciones sobre “hechos delictivos ya cometidos o cuando el delito que se investigue tenga asignada una pena de prisión superior a cinco años” (excluyendo más de treinta tipos delictivos, entre ellos, la estafa o el cohecho, en los que la regulación declarada inconstitucional permitía el control acústico). Pero para instalar esas medidas de control “la policía debe tener concretos puntos de referencia de que el sujeto investigado hable de asuntos criminales en el estrecho círculo de los amigos y parientes que se encuentren en ese momento en el domicilio privado, o que estos amigos o parientes estén también implicados en esos delitos”. Lo que, en ningún caso, se permite es la escucha abierta e indiscriminada. Así, por ejemplo, si hay una reunión del cártel de Medellín en el domicilio de uno de ellos sus conversaciones pueden ser grabadas, pero dicha grabación debe ser automáticamente suspendida, cuando la conversación sea con sus familiares o sobre asuntos privados. Para comprobar que todo ello se cumple, incluso una vez obtenida la grabación, ésta tiene que ser de nuevo analizada por el Tribunal que la autorizó, que es el que decide, en última instancia, si puede ser admitida y presentada como prueba.

A la vista de que la actual regulación no cumple estos requisitos el Tribunal Constitucional emplaza al Gobierno Federal y a los Gobiernos de cada uno de los Estados de la Federación para que antes del 1 de junio de 2005 adapten sus legislaciones a los principios y requisitos que se exponen en esta decisión.

En España el problema no ha sido objeto de una especial regulación, lo que ya ha sido denunciado por el TC en sentencia 49/1999, reiterada en una más reciente 18/2003, de 23 octubre, anteriormente citada y comentada. En ellas se dice que “la situación del Ordenamiento jurídico español, puesta de manifiesto en la concreta actuación que aquí se examina, y sufrida por los recurrentes, ha de estimarse contraria a lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución”.

De un modo general, el Magistrado del TS Enrique BACIGALUPO, en una comunicación a la III Reunión del Proyecto común europeo de lucha contra la criminalidad organizada, Programa Falcone Unión Europea, celebrada en la sede del Tribunal Supremo de España, 15-18 junio 2000, propone una “regulación del uso de medios técnicos para la interceptación de comunicaciones privadas”, bastante coincidente con la regulación alemana, sobre todo en lo que se refiere a la necesidad de una lista en la que se especifiquen los delitos en los que cabe adoptar esa medida (que él de todos modos no menciona expresamente), el grado de sospecha requerido respecto a las personas cuyas conversaciones se quiere controlar, excluyendo en principio a las que tengan derecho al secreto profesional (salvo que haya sospechas de que cooperan en el delito) y una serie de cuestiones procedimentales (Tribunal o Juez competente para adoptar la medida, duración de la misma, etc.). No obstante, salvo en lo que se refiere a la existencia de una lista de delitos en la que se permitan tales escuchas, la jurisprudencia española ha interpretado la regulación existente sometiéndola a estrictos requisitos, como anular la grabación por falta de control judicial suficiente, o por falta de proporcionalidad de la medida en relación con la gravedad del delito que se investigaba o por haberse descubierto a través de la grabación un delito de menor gravedad que el delito para cuya investigación se había autorizado la grabación (recuérdese el Auto del TS 18 junio 1992 en el “caso Naseiro”, o la STC 18/2003, 23 octubre, antes citadas). A pesar de ello, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 junio 1998, “caso Valenzuela”, consideró que en esta materia el derecho español, “escrito o no”, no cumple los requisitos del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>29</sup>. Y es que realmente no puede admitirse, o por lo menos no sin reservas y sometiéndola la medida a estrictos requisitos formales y justificándola con criterios materiales

29. Este artículo, anteriormente transcrito, no se refiere expresamente a las escuchas telefónicas, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha tenido ningún problema en incluirlas dentro de la cláusula genérica de su apartado 1 que se refiere a la “vida privada

en relación con la gravedad del delito y la urgencia y necesidad de aplicarla, que se pueda invadir el ámbito más estricto de la intimidad (como puede ser un dormitorio), con la misma intensidad que cualquier otro ámbito menos intangible. Pero incluso en el caso alemán, donde la medida de las "grandes escuchas" venía limitada, antes incluso de que el Tribunal Constitucional la declarara inconstitucional (cfr. supra EXCURSO I), por estrictos requisitos procedimentales y materiales, la norma incluida por la reforma de 1998 en los arts. 100 c y ss. StPO, había sido ya muy criticada, porque, como decía ROXIN, "no sólo perjudica puntualmente el ámbito privado doméstico..., sino que lo anula por completo", considerándola "un ataque a la dignidad humana"<sup>30</sup>. Y es que además, como señala el Magistrado BACIGALUPO en su comunicación antes citada, "la utilización de medios técnicos para la obtención de manifestaciones de un inculpado constituye, de esta manera, una extensión de la idea fundamental de limitar el derecho del inculpado de ciertos delitos a no declararse culpable y a reducir las exigencias garantísticas de los interrogatorios de aquél". Desde luego, tales procedimientos, se corresponden mal con el principio "*nemo tenetur se ipsum accusare*", transcrito en el art. 24.1 de la Constitución española como el derecho a no declarar contra uno mismo. Así, por ejemplo, en el caso antes citado de la valoración como prueba de un diario íntimo no sólo se viola el derecho al "núcleo intangible de la intimidad", sino el derecho a no declarar contra sí mismo. Lo mismo sucede cuando se utilizan agentes encubiertos o confidentes que graban conversaciones con el presunto responsable (con el que, por ejemplo, conviven en la misma celda) y luego esas grabaciones se utilizan como pruebas en el proceso, pues está claro que en estos casos la Policía, o el agente estatal que sea, está incumpliendo su obligación de proporcionar asistencia jurídica al sospechoso en su declaración y de advertirle a éste que todo lo que diga puede ser utilizado en su contra<sup>31</sup>.

#### b) Espacios públicos

Distinto, por lo menos respecto a los requisitos exigibles para su admisión, es el tema de las grabaciones audiovisuales de actividades privadas en espacios públicos; un tema que desde un principio generó polémica y motivo una regulación legal expresa del *uso de videocámaras en los espacios públicos*. Es indudable que desde el punto de vista de la seguridad ciudadana y de la prevención de delitos (*videovigilancia*) puede ser un medio eficaz, igual que puede serlo posteriormente como prueba material de la comisión y de la autoría de un hecho delictivo cometido en esos espacios públicos. Sin embargo, también en estos casos pueden conculcarse derechos fundamentales, cuya lesión puede, en principio, determinar la nulidad de la prueba así obtenida.

Un caso de este tipo fue fallado por la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia 12 abril de 1994. Se trataba de una instalación de videocámara que había puesto la Policía en un urinario público, en el que solían producirse actos de tráfico de drogas ilegales. La sentencia de la Audiencia anula la prueba de uno de estos actos obtenida mediante la grabación de la videocámara con el argumento de que si bien se trataba de un espacio público, la actividad que en una parte de dicho espacio, los servicios higiénicos, se lleva a cabo de forma general es eminentemente privada y afecta al núcleo más estricto de la intimidad, y no ya la de los narcotraficantes que en ellos puedan realizar también los hechos delictivos, sino la de los centenares o miles de personas que pueden utilizar dicho espacio para realizar sus necesidades fisiológicas más elementales. Sin embargo, de su Fundamento Jurídico parece desprenderse que la razón principal por la que se rechaza esta grabación como prueba es que "la policía no obtuvo autorización judicial previa para realizar la grabación audiovisual con la videocámara, pues le fue comunicada el 4 de marzo al Juez de Instrucción del Juzgado núm. 2 de Arganda del Rey, quien en ningún momento dictó resolución alguna autorizando la instalación de la videocámara". De ello

y familiar"; cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El convenio, el tribunal europeo y el derecho a un juicio justo*, Madrid 1991, pág. 74, citando varias decisiones de este Tribunal (caso Huvig y caso Kruslin-Amas de 1990) en las que se dice expresamente que "las escuchas y otras formas de intervención de las conversaciones telefónicas representan un atentado grave al respeto a la vida privada y a su correspondencia. Por tanto, deben basarse en una "ley" de una precisión especial. La exigencia de reglas claras y detalladas en esta materia parece indispensable". Concretamente, la sentencia del Tribunal de 30 julio 1998 en el "caso Valenzuela contra España" dice que la ley que regule esta materia debe contener: "la definición de categorías de personas susceptibles de poder dar lugar a la medida; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad" (transcrito en ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Madrid 2003, pág. 179. Cfr. también STC 18/2003, 23 octubre).

30. ROXIN, *La evolución cit.*, p.156.

31. En el mismo sentido ROXIN, *ob. cit.*, págs. 123 y ss.

parece desprenderse que si hubiera habido tal autorización judicial, la instalación de videocámara incluso en los inodoros hubiera sido correcta y la grabación se hubiese podido utilizar como prueba.

El Ministerio Fiscal recurrió esta sentencia, por considerar que la grabación no se había realizado dentro del espacio estrictamente reservado a la intimidad fisiológica, sino en lo que la sentencia denomina la "antesala del váter" (*sic*), no siendo necesario para este tipo de grabaciones ninguna autorización judicial. La STS 5 mayo de 1997 (ponente: García Calvo) acoge el recurso del Fiscal, considerando que "el ámbito del Derecho a la Intimidad —entendida ésta en el sentido constitucional del término y, por tanto, sometida a la exigencia de autorización judicial previa para su invasión— no debe extenderse en el presente supuesto a aquella zona común o de distribución en la que se encuentran situados los lavabos de los servicios públicos del parque..., sino únicamente a los habitáculos cerrados en los que se encuentran los inodoros y a los que se accede desde dicha zona común después de traspasar una puerta".

A la vista de esta sentencia, el Pleno de la Sala Penal del TS de 30 junio de 1997, expresa:

"Examinada la cuestión en términos generales, y sin perjuicio de lo que pueda resolverse en cada caso en virtud de especiales circunstancias, los Magistrados llegan a la conclusión de que los lavabos públicos son lugares donde se desarrollan actividades que afectan a la intimidad de las personas, por lo que no cabe situar en ellos aparatos que recojan las imágenes de dichas personas, sin autorización judicial" (citada apud GRANADOS PÉREZ, Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del TS para unificación de la Jurisprudencia, Valencia 2000, p. 21).

Tres conclusiones cabe destacar de esta resolución: 1.<sup>a</sup>) Se reconoce el derecho a la intimidad estricta que se desarrolla tras la puerta cerrada de un inodoro. 2.<sup>a</sup>) Se admite que en este caso se pueda excepcionalmente utilizar un sistema de grabación audiovisual, con autorización judicial. 3.<sup>a</sup>) La autorización judicial no es preceptiva cuando se trate de actividades desarrolladas en un espacio público.

A la vista de estas resoluciones parece discutible la tesis mantenida en la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 10 de enero 1995, que, en un caso de instalación de videocámaras en un recinto ferial, consideró que

"Existen manifestaciones pública de la vida privada... y que un sistema de vigilancia indiscrimi-

nada por parte de los poderes públicos sobre estas manifestaciones de la libertad ciudadana y de cada uno de los ciudadanos, en opinión de la Sala, supondría una injerencia abusiva en el derecho a la intimidad a la propia imagen de los ciudadanos"<sup>32</sup>.

De todos modos, el TS ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta materia en sentencia de 6 mayo 1993 (ponente: MARTÍN PALLÍN), señalando la legitimidad de la instalación por parte de la Policía de estas videocámaras en espacios públicos, pero salvaguardando siempre el recinto inviolable del domicilio y el espacio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad. En el mismo sentido STS 6 abril de 1994 (ponente: RUIZ VADILLO) establece que: "la filmación se llevará cabo en espacios libres y públicos, sin introducirse jamás, salvo la correspondiente autorización judicial motivada y proporcional al hecho que se trata de investigar, en los domicilios o lugares considerados como tales, pues a ellos no puede ni debe llegar la investigación, debiéndose limitar, como queda dicho, a los exteriores, donde para nada quedan afectados tales derechos fundamentales"<sup>33</sup> (véase también STS 13 marzo 2001: ponente MÓNER MUÑOZ).

Pero cualquiera que sea la opinión que merezcan estas decisiones judiciales vinculadas a las particularidades del caso concreto, lo que todas ellas ponen de relieve es la necesidad de distinguir lo que serían las manifestaciones privadas en espacios públicos, cuya captación filmada genérica puede admitirse bajo ciertas condiciones, de lo que es el núcleo estricto de la intimidad en domicilio particular, cuya filmación sólo puede admitirse excepcionalmente, y aun así de forma discutible, con una autorización específica de la Autoridad judicial. En todo caso, la necesidad de una regulación legal específica de esta materia era notoria. En algunas de las STS antes citadas se menciona expresamente como fuente legal la LO 1/1982, de 5 mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que, como ya hemos visto, sólo indirectamente se refiere a este tipo de captaciones fílmicas en espacios públicos. Ello motivó la creación de la Ley orgánica 4/1997, de 4 de agosto, que concibe, en un principio, la filmación en lugares públicos como una medida de vigilancia, lo que no excluye que las imágenes así obtenidas puedan ser utilizadas también como prueba de un delito o de la identidad de su autor. Pero para ello tienen, en primer lugar, que cumplirse de-

32. Citada apud CHOCLÁN MONTALVO, ob. cit., pág. 62, nota 50.

33. Véase referencias a las mismas también en CHOCLÁN MONTALVO, ob. cit., pág. 61.

terminados requisitos formales fijados en la propia Ley. Así, por ejemplo, si se trata de un lugar público, su instalación debe ir precedida por el informe preceptivo de una comisión presidida por un Magistrado, y mediante resolución motivada (art. 3). Y si se trata de un lugar privado, también debe contar con la necesaria autorización judicial, cumpliéndose determinados requisitos de especificidad y motivación similares a los que autorizan las escuchas telefónicas, o, por supuesto, con la autorización del titular (art. 6). Aun así, la grabación obtenida sólo tiene el valor de mera denuncia, debiendo, para alcanzar eficacia probatoria, incorporarse al juicio oral, y corroborarse allí, mediante la correspondiente contradicción, con la declaración de los agentes que la realizaron. Lo que por lo demás es doctrina jurisprudencial ya reiterada respecto a la utilización de otras medidas similares<sup>34</sup>.

Que ni siquiera en caso de defensa nacional y de otras tareas social o políticamente importantes, se legitiman por sí solas el uso de grabaciones o de otras medidas de captación de imágenes y/o sonidos, lo confirma la sentencia de la Audiencia de Madrid de 26 de mayo de 1999, que condenó a los responsables del CESID (Centro de la Defensa Nacional), que, con el pretexto de adoptar medidas de vigilancia y seguridad, captaron "mediante técnicas de barridos" conversaciones de personajes políticos importantes, cuando hablaban a través de teléfonos oficiales o móviles particulares. La fundamentación de esta sentencia es clara: "No hay en esta materia una causa general de justificación que convierta en lícita la más cruda forma de razón de Estado". (Esta sentencia fue luego confirmada por el TS, pero ha sido anulada por otra del TC de marzo de 2004, en base a que los magistrados integrantes del Tribunal sentenciador habían perdido la imparcialidad objetiva al haber intervenido previamente en la resolución de un recurso contra el auto de procesamiento.)

A la vista de todo lo dicho en este apartado III, podemos establecer como principio que las injerencias estatales en la vida privada a través del empleo de medios audiovisuales sólo debe admitirse en los casos fijados legalmente, bajo control judicial y siempre de acuerdo con el principio de

necesidad, intervención mínima y proporcionalidad. Incluso frente a determinadas manifestaciones del "ámbito intangible de la intimidad" debería excluirse cualquier tipo de injerencia, siendo discutible si, incluso en los países en los que, bajo estrictos presupuestos, se permiten las llamadas "grandes escuchas", éstas serían compatibles con el derecho constitucional fundamental a la intimidad en su núcleo más estricto y reservado. En todo caso, las grabaciones que no cumplan estos requisitos deben considerarse que violan directamente el derecho fundamental a la intimidad y, por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no pueden "surtir efecto" como prueba.

#### IV. Grabaciones realizadas por particulares

Las grabaciones realizadas por particulares en el ámbito de las relaciones privadas que, por tanto, suponen una injerencia en la intimidad de otros particulares, no tienen una regulación legal específica y deben ser, por tanto, valoradas en cada caso concreto de acuerdo con los intereses en conflicto.

Punto de partida es, sin embargo, el carácter delictivo de dichas grabaciones, tanto si las realiza uno de los intervinientes en el acto de la intimidad (conversaciones, acto sexual), como un tercero ajeno al mismo.

En general, hoy en día es doctrina dominante que la grabación del sonido o de la imagen que vulnera la intimidad o descubra secretos de otro, aunque sea realizada por uno de los protagonistas o intervinientes en el acto de la intimidad, constituye el delito previsto en el art. 197.1, del CP, que no se olvide, castiga este hecho con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, lo que demuestra la importancia que le da el legislador al derecho a la intimidad y la gravedad de las conductas que lo atacan<sup>35</sup>.

No obstante, a efectos de su valoración como prueba de los datos obtenidos a través de la comisión de este delito, no se puede hacer una declaración general sobre cuándo puede admitir y cuándo no. En relación con la situación de este tema en Alemania, dice ROXIN<sup>36</sup>:

34. Véase STS 30 enero 1999: la prueba videográfica fue corroborada en el juicio oral por el policía que la filmó. En este sentido también la doctrina, véase CHOCLÁN MOTALVO, ob. cit., pág. 77; DAMIÁN MORENO, "Reflexiones sobre la reproducción de imágenes como medio de prueba en el proceso penal", en *Revista Vasca de Derecho procesal y arbitraje*, Tomo IX, Mayo-Agosto 1997, pág. 244; y el comentario-editorial a la Ley de utilización de videocámaras de DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, en *Tribunales de Justicia*, 10, 1997, págs. 959 y ss. Sobre la necesidad de corroboración en el juicio oral de la identidad de las imágenes captadas en bancos y establecimientos privados, para que puedan ser estimadas como pruebas, véase también STS 7 marzo 2000.

35. Véase infra IV a).

36. La evolución cit., págs. 153 y ss.

“En general, los Tribunales, en relación a los delitos más graves, han dado primacía al interés en la averiguación de la verdad, y respecto a los menos graves, por el contrario, han dado prioridad a la protección del ámbito privado”.

Y seguidamente menciona los siguientes casos:

“Una sentencia del Tribunal Supremo Federal del año 1989 contempló el caso en el que dos hombres de negocios hablaban sobre un gran incendio que planeaban ... Uno de los dos hombres de negocio grabó la conversación de forma secreta y más tarde la aportó al tribunal como prueba. Aunque la realización de grabaciones secretas sobre conversaciones privadas está sancionada penalmente, según el Derecho alemán (parágrafo 201 del CP), el Tribunal Supremo Federal aceptó la grabación como prueba (BGHSt, 36, 167) (...). La conversación de dos hombres de negocios no se encontraría en el ámbito intangible por antonomasia de la vida personal y, respecto, a la consiguiente lícita valoración, merecería primarse el interés en la averiguación de la verdad, frente a la protección de la vida privada, porque el incendio cualificado es un delito grave castigado con pena privativa de libertad hasta quince años. Respecto a los delitos menos graves, por el contrario, se dispone la primacía de la protección del ámbito privado. Así el Tribunal Supremo Federal ha rechazado el uso procesal de una grabación oculta que podía emplearse como prueba de un delito de perjurio (BGHSt 14, 358). De manera análoga, el Tribunal Superior de Baviera rechazó como prueba una grabación que podía demostrar la comisión de un delito de difamación y calumnia (BayObLG NSStz 1990, 101) (...)”.

Por tanto, en opinión de ROXIN y de la jurisprudencia alemana, la admisión de la valoración como prueba de este tipo de grabaciones entre particulares, dependería sobre todo de la gravedad del delito que se esté juzgando. En caso de un delito grave (con pena de por ejemplo, quince años de prisión), debe darse la primacía del interés en la averiguación de la verdad, pero cuando se trata de un delito menos grave (que, por ejemplo, no tenga asignada una pena de prisión, sino de multa, o de prisión inferior a cuatro o dos años, que puede ser suspendida) la primacía debe darse al interés privado, es decir, al derecho a la intimidad del acusado y, en consecuencia, prohibirse la valoración de la prueba obtenida violando ese derecho, porque además ello constituye un delito de escucha o grabación ilegal.

La tesis jurisprudencial alemana sitúa, por tanto, el problema en el ámbito propio del estado de necesidad, en el que, como es sabido, predomina el principio de la ponderación de intereses: si el interés prioritario es el público a la averiguación

de la verdad, entonces estaría justificada, sería, por tanto, admisible, valorar la prueba; pero si, por el contrario, el interés preponderante es el interés del particular a su intimidad, la prueba obtenida con violación de la misma no puede ser admitida. Y como criterio o baremo a tener en cuenta para hacer esta ponderación sobre cuál de los dos intereses en conflicto es prioritario se utiliza prácticamente de un modo exclusivo el de la gravedad del delito que se esté juzgando: si se trata de un delito grave, entonces el interés prioritario es el público; pero si se trata de un delito menos grave, es el del particular.

No cabe duda de que con ello se aplica directamente la idea del principio de proporcionalidad, que, como ya hemos visto varias veces a lo largo de este trabajo, es un criterio adicional, doctrinal y jurisprudencialmente admitido, cuando se trata de admitir la valoración de pruebas obtenidas con violación indirecta de algún derecho fundamental o simplemente con hechos antijurídicos que no lesionan directamente un derecho fundamental. Este criterio ha sido acogido expresamente por el legislador alemán, que admite las “grandes escuchas” sólo respecto a los delitos más graves, y siempre de acuerdo con los principios de necesidad y subsidiariedad (cfr., sin embargo, *supra* EXCURSO I, comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 3 marzo 2004, que ha declarado esta regulación inconstitucional). Pero evidentemente la situación no es la misma cuando se trata de grabaciones realizadas por particulares y debe tenerse sumo cuidado en trasladar a este ámbito principios o privilegios que pueden, aunque de forma discutible, admitirse cuando sean indispensables para que los órganos estatales encargados de la investigación, persecución y castigo de los delitos puedan llevar con eficacia su tarea, pero no forma general y mucho menos cuando se trate de particulares. La aplicación de un principio general de ponderación nos llevaría a apreciar, por ejemplo, una especie de estado de necesidad en el que de la comparación de las penas asignadas a la grabación y escuchas ilegales en el art. 197 con las penas que tuviera asignadas el delito que se estuviera investigando o juzgando, se deduciría si la grabación ilegal era un mal menor que estaría justificado para, no ya evitar, sino sancionar un delito más grave. Pero con este planteamiento se olvidaría que el delito previsto en el art. 197 del CP español (o en el correspondiente de cualquier otro CP del mundo que castigue este delito) es un delito que viola directamente el derecho fundamental reconocido en el art. 18 de la Constitución, y que por aplicación directa de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (o en el art. 8 del Conve-

nio Europeo de Derechos Humanos) no podría tener eficacia probatoria. Por tanto, salvo que todo la teoría de la prueba prohibida elaborada en base a estos preceptos se viniera abajo o tuviera un valor meramente simbólico sin ninguna eficacia práctica, la tesis de la que en esta materia tenemos que partir es de la prohibición de valorar como prueba la obtenida con violación directa del derecho fundamental a la intimidad, que además constituye una infracción penal.

Sin embargo, también en este tema se deben hacer diversas matizaciones que no contradicen el principio del que se parte, pero que lo delimitan con mayor precisión. La clave para saber en qué casos, excepcionalmente, puede ser utilizada como prueba la grabación audiovisual realizada por un particular, la da a mi juicio la situación en la que se encuentre el particular que hace la grabación (que naturalmente puede ser también un detective privado contratado por el particular), pues evidentemente no es lo mismo que la haga alguien que en ese momento está siendo víctima de un delito y con la grabación pretende facilitar su averiguación, persecución y posterior castigo, o que lo haga alguien que no es la víctima, sino incluso (co)autor de ese delito o quiere utilizar la grabación para chantajear luego a la persona a la que la graba, amenazándola con denunciarla. La jurisprudencia no distingue estos diferentes supuestos con la suficiente nitidez, pero creo que la distinción y el diferente trato jurídico que merece está implícita en muchas decisiones jurisprudenciales. Veámosla, pues, por separado.

a) Supuestos en los que el particular que realiza la grabación está siendo víctima de un delito.

Ya la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 noviembre (ponente: Díez Picazo), que fue la primera que se ocupó de la validez de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, se enfrentó con un caso de este tipo, si bien no se trataba exactamente de un delito contra los intereses del que realizó la grabación, sino de una infracción laboral que motivó un despido. Efectivamente, en una conversación telefónica con un representante de una empresa de medios de comunicación del Estado el demandante en el recurso de amparo había hecho unas declaraciones que fueron grabadas por el representante que las utilizó para en base a ellas despedirlo. El TC, después

de varias consideraciones sobre si el problema debe ser enfocado como una lesión directa del derecho fundamental a la intimidad reconocido en el art. 18.3 de la Constitución, o como una vulneración del derecho también fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 del texto constitucional, y tras exponer la situación del tema en el derecho comparado, con alusiones al derecho anglosajón, francés e italiano, llega a la conclusión de que, a la vista de la falta (en aquel entonces) de un precepto legal específico que regule este tema, debe aplicarse directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales, estimando, finalmente, que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no fue violado en el presente caso y, por tanto, confirmó la validez del despido y de las sentencias de los tribunales laborales que lo habían confirmado. Pero ello lo hace en base a una muy discutible interpretación del derecho entonces vigente, que no tipificaba penalmente todavía las escuchas telefónicas ilegales, y del que se creó poco antes de la fecha en que se dictó esta resolución, entendiéndose que "quien graba una conversación con otro no incurre, *por este sólo hecho*, en conducta contraria al precepto constitucional citado", para decir posteriormente, de forma un tanto contradictoria, que la penalización de las escuchas ilegales que en aquel momento se acaba de introducir en el CP "se proyecta, exclusivamente, en la medida en que los (as) mismos (as) se usen para obtener una información o para descubrir un dato que, sin ellos, no se habría alcanzado, dejando, pues al margen la posible utilización de estos mismos artificios por aquel que accedió legítimamente a la comunicación grabada o registrada".

Desde luego, no es ésta la interpretación que, a mi juicio, había que hacer del art. 497 bis introducido en el CP anterior por Ley Orgánica 7/1984, de 15 octubre, ni la que se debe hacer ahora del art. 197.1 del vigente CP<sup>37</sup>. Tanto entonces como ahora, he mantenido que la grabación por parte de los interlocutores de una conversación o de un acto de la intimidad, sin el consentimiento del otro protagonista, constituye el delito de grabación escucha ilegal, siempre que se den los demás elementos que configuran la tipicidad de este delito<sup>38</sup>.

Por lo que respecta a las grabaciones de imágenes, ello ha quedado claro en la sentencia de la

37. Dice así este precepto: "El que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses".

38. Cfr., por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 6.ª ed., Sevilla 1985, pág. 133, y MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 14.ª ed., Valencia 2002, pág. 254: "Especial dificultad encierra aquí el consentimiento como causa de justifica-



Audiencia Provincial de Madrid de 31 julio 2002. Se trataba de un caso, en el que el director de un importante periódico de alcance nacional fue grabado, sin saberlo, mientras mantenía relaciones sexuales con una prostituta que había previamente conectado una cámara de vídeo dispuesta al efecto. Naturalmente, nadie duda de que se trataba de un atentado contra la intimidad del citado periodista, castigado en el art. 197.1 del CP. En este caso el consentimiento de uno de los protagonistas del acto sexual, no destituye ni justifica la grabación realizada bien por él mismo, y mucho menos la llevada a cabo por un tercero ajeno al acto, siendo condenados ambos por coautoría en este delito. La opinión contraria supondría dar rienda suelta al chantaje y reduciría el derecho a la intimidad, sobre todo cuando la grabación, como sucedió en este caso, se comunica además a terceros, que igualmente, aunque no hayan intervenido en la misma realizarían el tipo cualificado que tanto para el que graba y luego comunica la grabación a terceros, como para estos terceros que la difunden, prevé el apartado 3 del art. 197, que impone una pena de prisión de dos a cinco años para el que graba y difunde la grabación, y de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses para el tercero que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta de difusión.

El problema a mi juicio es otro. No se trata de si la grabación de una conversación por uno de los interlocutores sin consentimiento del otro, realiza el tipo del art. 197.2 del CP, lo que, a mi juicio, está fuera de duda, sino de si en algún caso, excepcionalmente, puede esta conducta quedar amparada por una causa de justificación, que tratándose de un particular puede ser el estado de necesidad o el ejercicio legítimo de un derecho. Desde luego, éste puede ser el caso, cuando el que graba pretende con la grabación defender sus legítimos derechos, sobre todo si está siendo víctima de un delito y con la grabación puede ayudar a la identificación del autor y a su castigo. Creo que, aunque el caso de la STC 111/1984 no se trataba de un proceso penal, sino laboral, podría haberse tenido en cuenta que el empresario que utilizó la cinta para justificar el despido estaba

legítimamente defendiendo sus intereses, en la medida en que el contenido de la conversación grabada podía afectarlos negativamente, y, en consecuencia, la medida de despido podía considerarse proporcionada a la entidad del daño que se le producía. Precisamente porque no se trataba de una defensa de los intereses legítimos de la empresa, sino de un gesto desproporcionado de control por parte de la misma hacia la intimidad de los trabajadores (croupiers, cajeros, etc.) con el pretexto de dar un plus de seguridad frente a eventuales reclamaciones de los clientes, el TC en sentencia 98/2000, 10 abril, consideró que la instalación y puesta en funcionamiento en diversos lugares de un casino (zonas de juego) de un sistema de captación y grabación del sonido lesionaba el derecho a la intimidad de los trabajadores, "pues no existe argumento definitivo que autorice a la empresa a escuchar y grabar las conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes". Sin embargo, la sentencia del TC 186/2000, de 10 julio, vuelve a dar validez a la prueba videográfica aportada por la empresa en un proceso laboral de despido motivado porque, como atestiguaban las grabaciones realizadas, naturalmente sin previa comunicación a los trabajadores, "el actor realizó de forma reiterada maniobras en el cobro de artículos a los clientes del economato, sustrayendo diferentes cantidades de la caja. La investigación sobre las otras dos cajas puso de relieve irregularidades consistentes en que uno de los cajeros desprecintó en la caja unos calcetines y se los guardó, en tanto que otro de los cajeros desprecintaba en la caja y manipulaba prendas interiores femeninas, como consecuencia de una adicción fetichista reconocida por el autor de los hechos". En definitiva, el TC, aplicando el principio de proporcionalidad, considera que el tribunal laboral al valorar la prueba videográfica y declarar en base a ella procedente el despido, había "ponderado adecuadamente que la instalación y empleo de medios de captación y grabación de imágenes por la empresa había respetado en el presente caso el derecho a la intimidad del solicitante de amparo"<sup>39</sup>.

También claramente en la STS de 30 mayo 1995 (ponente: Delgado García) se ve que la razón fun-

---

ción en aquellos casos en los que hay varios interlocutores y uno de ellos consiente en la escucha o grabación por un tercero ajeno a la conversación o al acto de intimidad. En este supuesto, el consentimiento de uno de los interlocutores no justificaría el hecho e incluso cabe coautoría o participación punible del interviniente en la conversación o en el acto íntimo que consiente en su grabación si comunicárselo a los demás". Cfr. también lo dicho más adelante respecto a la STS 1 marzo 1996.

39. El tema de si las empresas pueden controlar de un modo general datos de la intimidad de sus trabajadores, con la instalación de aparatos de grabación audiovisuales, o con el control de su correspondencia informática o incluso de su estado de salud, es bastante controvertido, véase al respecto, MORALES GARCÍA, "La tutela penal de las comunicaciones laborales", en IURIS, *Actualidad y práctica del derecho*, núm. 54, octubre 2001, págs. 48 y ss.

damental de admitir como prueba la grabación de una conversación privada por parte de uno de los interlocutores es que el que graba está siendo víctima de un delito. En esta sentencia el supuesto de hecho era la petición de dinero que hacía un funcionario a un particular para mediar en un asunto de su competencia, es decir, un delito de cohecho. El TS considera que el delito de escuchas ilegales "no puede referirse a hechos como el presente en que un ciudadano obtiene una fuente de prueba respecto de un delito grabando la conversación que mantiene con un funcionario que le está extorsionando mediante la exigencia de una retribución"; y continúa diciendo el TS: "Si hay obligación de denunciar los delitos de que un particular tiene conocimiento (arts. 259 y ss. LECrim.) ha de considerarse legítimo que el que vaya a denunciarlo se provea de algún medio de acreditar el objeto de su denuncia, incluso aunque ello sea ocultando el medio utilizado respecto al delincuente a quien se desea sorprender en su ilícito comportamiento (salvo el caso del llamado delito provocado), siempre que este medio sea constitucionalmente permitido y no integre, a su vez, una infracción criminal".

Como demuestra la última de las sentencias que hemos citado, la admisión como prueba de una captación videográfica que revela actos de la intimidad personal es mucho más factible cuando el que realiza la captación se trata de la víctima de un delito. Pero también cuando alguien puede tener fundadas sospechas de que va ser víctima de un atentado a sus intereses. Así, por ejemplo, en la STS 28 octubre 2002, se admite como prueba la grabación obtenida por instalación llevada a cabo por una agencia de detectives privados "de un circuito de sistema cerrado de TV oculto consistente en dos mini-cámaras con dos objetivos especiales para cubrir las cajas registradoras existentes en el mostrador de venta al público", que captaron cómo la dependiente de una farmacia se apoderó de diversas cantidades de dinero. El detective privado que efectuó la filmación hizo entrega al Juez de Instrucción de las grabaciones originales, declarando luego como testigo. Posteriormente las cintas originales y una copia resumen fueron visualizadas en el Plenario por las partes y por el Tribunal que las valoró como prueba de cargo y condenó a la dependiente por el delito de hurto con abuso de confianza.

Ésta es también la causa principal de por qué se admite la instalación en establecimientos comerciales (grandes almacenes, bancos, etc.) de sistemas de grabación tanto de clientes, como de trabajadores en los lugares donde se realizan las transacciones comerciales y demás espacios abiertos al público. Pero la admisión como prueba de las grabaciones realizadas está condicionada al cumplimiento de otros requisitos, sin los

cuales la grabación realizada sólo puede tener como máximo el valor de denuncia.

En relación con las cámaras de vídeos instaladas en los Bancos, para obviamente filmar e identificar a quienes puedan entrar en los mismos con objeto de llevar a cabo un atraco, la jurisprudencia lleva ya largo tiempo pronunciándose sobre el valor procesal que tienen estas grabaciones. En estos casos, la grabación videográfica realizada de manera automática por cámaras fijas instaladas al efecto bien por prescripción legal o por iniciativa de la propia entidad bancaria, ha sido considerada como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia en cuanto medio que recoge la participación del acusado en el hecho ilícito enjuiciado, pero advirtiendo que "la eficacia probatoria de la filmación videográfica está subordinada a la visualización en el acto del juicio oral, para que tengan realidad los principios procesales de contradicción, igualdad, inmediación y publicidad" (véase STS 15 septiembre 1999, que cita además otras varias de 18 diciembre 1995, 27 febrero 1996, 5 de mayo de 1997 y 17 julio 1998). Es decir, la grabación en sí misma no es prueba, si no es exhibida en el juicio oral y analizada por las partes de acuerdo con los principios de contradicción, igualdad, inmediación y publicidad, que son los que le dan su verdadero carácter de prueba. Este extremo es muy importante, porque de no llevarse a cabo esta visualización en el juicio oral, la grabación carece de toda eficacia probatoria. Así se ve claramente en la STS de 19 mayo 1999 (ponente: Ramos Gancedo), en la que en un caso de robo con intimidación y lesiones, el TS anula la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Lérida, en base a las siguientes consideraciones:

"pues... resulta patente y definitiva la absoluta falta de control judicial en el proceso de gestación y obtención de esta prueba que, a la postre iba a constituir el elemento de cargo que fundamentara la condena del acusado. No fue el Juez de Instrucción quien dispuso la positivación de los fotogramas, ni seleccionó los que debían ser extraídos de la película para su incorporación a las actuaciones, sino que esa decisión y elección fue adoptada por los propios funcionarios policiales a su exclusiva y personal discreción. La cinta videográfica no se entregó a la autoridad judicial de inmediato, sino que transcurrieron casi siete meses hasta que la misma se recibió en el Juzgado. Y, por si esto fuera poco, no existe concordancia en autos de que la película videográfica fuera visionada en sede judicial a fin de comprobar si las fotografías proporcionadas por la policía con la imagen del rostro del acusado correspondían a esa filmación. Tampoco comparecieron al juicio oral los funcio-

narios que efectuaron la positivación, por lo que no fue posible a la defensa ejercer su derecho a la contradicción sobre el proceso de obtención de los dos fotogramas que se erigieron en la prueba de cargo para la condena”.

Queda, pues, claro que, como se deduce con claridad de esta sentencia, no es suficiente la mera constatación videográfica como medio de prueba si la misma no pasa por todos los controles procesales de validez que la convierten en verdadera prueba. Ésta es la diferencia principal, que muchos todavía desconocen, entre lo que puede ser un dato útil para una investigación policial y lo que después puede ser utilizado como medio de prueba. El Estado de Derecho impone unos límites y unas garantías, no bastando, por tanto, ni la buena fe de los investigadores, ni la constatación material de unos hechos, si éstos no pasan luego por el tamiz mucho más estricto de la contradicción e intermediación en el juicio oral. La independencia del Tribunal sentenciador, que, salvo algunos casos excepcionales de prueba preconstituida de los que aquí no podemos ocuparnos, debe obtener su convicción de las pruebas presentadas y practicadas en el juicio oral, se manifiesta cuando sólo a partir de las pruebas presentadas en juicio puede formar libremente la convicción a la que se refiere el art. 746 de la LECrim. Es decir, y para recordar la ya vieja sentencia del TC de 1981, para valorar libremente una prueba, lo primero y principal es tener una prueba que valorar, y como se ve claramente en el supuesto de hecho que sirve de base a la STS 19 mayo 1999, lo que el Tribunal sentenciador había valorado como tal no podía tener este carácter por no haber pasado los filtros procesales preceptivos.

Otro caso interesante de este tipo lo ofrece el conocido como el “caso padre Coraje”. Se trataba de un robo con homicidio: atraco a una gasolinera en el que murió el empleado como consecuencia de las más de 30 puñaladas que le infligieron los atracadores, que se dieron a la fuga tras apoderarse de unas 70.000 pesetas). Tras el correspondiente juicio oral en el que figuraron como acusados de los terribles hechos varias personas, la Audiencia Provincial de Cádiz en su sentencia de 8 de febrero de 1999, estima que no puede proclamarse la autoría de ninguno de los procesados y, en consecuencia, aplicando el principio de presunción de inocencia, los absuelve. Hasta aquí, sin problemas. Un caso más en los que una mala investigación policial, una deficiente instrucción, la ausencia de testigos y de pruebas materiales como huellas dactilares,

sangre, etc., que pudieran acreditar la identidad de los asesinos, determinaron la absolución de los que realmente nunca sabremos si fueron o no los autores o tuvieron alguna participación en el hecho. Sin embargo, lo que provocó una cierta conmoción es que el padre de la víctima había hecho por su cuenta sus propias investigaciones, y disfrazándose y conviviendo durante un cierto tiempo con personas del entorno de los que pudieron haber asesinado a su hijo, consiguió grabar algunas conversaciones con ellas en las que de forma indirecta se recogían rumores y se hacían alusiones personales y se daban nombres de posibles autores. No obstante, la Audiencia consideró que no debía admitir estas grabaciones como prueba, no ya sólo por su endeble contenido material probatorio, pues sólo recogían rumores y conversaciones en las que no se constata la autoría de nadie, sino “por las reservas y objeciones formales que a las mismas pudieran formularse (no fueran aportadas en sede de instrucción, ni tan siquiera antes de procederse al inicio de las sesiones y carecen de garantías de integridad y autenticidad”).

Planteado el correspondiente recurso de casación por la acusación particular por entender que con esta decisión se había vulnerado el derecho de prueba (la inadmisión de las cintas magnetofónicas grabadas por el padre), el TS en sentencia de 6 de julio 2000 (ponente: Conde-Pumpido), acordó anular la sentencia de la Audiencia de Cádiz y ordenar que se celebrara un nuevo juicio por un tribunal de composición distinta al que dictó la sentencia impugnada. La decisión del TS tuvo dos votos particulares disidentes de los Magistrados Carlos Granados Pérez y Andrés Martínez Arrieta. No podemos detenernos en el análisis de esta sentencia, pero en relación con nuestro tema lo que interesa destacar es que dando, por supuesto, la justificación de las grabaciones llevadas a cabo por el padre de la víctima en un comprensible y loable intento por dar con los asesinos de su hijo, una consideración “pro víctima” que el Magistrado ponente de la sentencia del TS llama “sensibilidad probatoria”, lleva incluso a admitir “la práctica de esta prueba con posterioridad al escrito de calificación, siempre que exista una causa justificada para ello y no implique ni un fraude procesal ni un obstáculo al principio de contradicción”. Sin embargo, CORTÉS BECHIARELLI, en comentario a esta sentencia<sup>40</sup>, rechaza, con razón, esta argumentación considerando que la admisión de una prueba extemporáneamente propuesta y debilitada, además, por su propio proponente, sin

40. Temporalidad y admisibilidad de la prueba en el proceso penal (a propósito de la sentencia del “padre coraje”, en *El Derecho*, Diario Jurisprudencial, 2 octubre 2000.

ningún tipo de garantías de integridad y autenticidad, vulnera los principios básicos del Estado de Derecho. El caso ha sido de nuevo juzgado por otro Tribunal de la Audiencia de Cádiz, que en octubre de 2003 ha vuelto a absolver a los acusados por falta de pruebas. Una vez más, y a pesar de los loables intentos del padre de la víctima por esclarecer el asesinato de su hijo (que han motivado incluso un interesante film televisivo de Benito Zambrano), la formalización necesaria para que los mismos lleguen a tener el carácter de prueba de cargo ha impedido que puedan tenerse en cuenta para en base a ellos basar una condena que hubiera podido llegar para los acusados, si hubieran sido condenados, a los treinta años de cárcel.

De todo ello se deriva, que las escuchas o grabaciones videográficas llevadas a cabo por la víctima de un delito pueden ser utilizadas como pruebas, siempre que después sea comprobada su autenticidad y sean incorporadas al juicio oral, para ser sometidas a contradicción y a la valoración del juzgador.

Por supuesto, el mismo tratamiento hay que darle a los casos en los que el que realiza la grabación es un tercero que, de algún modo, incluso fortuitamente, actúa en beneficio de la víctima del delito. Así, por ejemplo, ningún problema hay en admitir como prueba, cumpliendo con los requisitos procesales antes dichos, la grabación en vídeo realizada por un tercero que pasaba casualmente por allí de una brutal paliza que le dan unos agentes de la policía a un individuo que al parecer se resistía a ser detenido<sup>41</sup>. O la que hicieron los padres que grabaron subrepticamente los malos tratos que una niñera infligía a su hija pequeña, mientras ellos se encontraban fuera de la casa (sentencia de un Juzgado de lo Penal de Sevilla, mayo 2003). En este ámbito deben admitirse y valorarse en su caso como prueba también las grabaciones que puedan realizar detectives privados, encargados por un particular de investigar a quien pueda estar cometiendo algún delito en contra de sus intereses (cfr. STS 28 octubre 2003, antes ci-

tada). Sin embargo, las exigencias para darle el carácter de prueba a la grabación videográfica realizada por detectives privados en los procesos de carácter dispositivo, como el civil o el laboral, suelen ser menos estrictas. Ello explica que los arts. 265 y 380 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 le dé el carácter de prueba, cuando son reconocidos por la parte contraria, y si no lo son deben ser complementados con la prueba testifical del detective privado que la efectuó (cfr. sentencia Audiencia Provincial de Sevilla 16 enero 2002: se admite la prueba videográfica realizada por un detective privado de que el sujeto que reclamaba una mayor indemnización a la compañía de seguros no tenía la secuela que alegaba; y sentencia Audiencia Provincial de Guadalajara de 19 junio 2003: prueba videográfica de que un inquilino no habitaba la casa arrendada, por lo que fue desahuciado).

#### *EXCURSO II: Control audiovisual y prevención situacional*

*La instalación de medidas preventivas o de control de la delincuencia con sistemas audiovisuales en los grandes almacenes, bancos, vía pública, etc., se ha convertido en uno de los temas predilectos de una nueva corriente criminológica, de especial relevancia en la Criminología norteamericana de los últimos años, que es la llamada "situational crime prevention"<sup>42</sup>. Pocos son ciertamente los comercios que no tienen instaladas cámaras de vídeo que graban lo que sucede en su interior y, por tanto, lo que hacen los clientes y empleados. Es evidente que sólo por eso, y en la medida en que se sabe que esas cámaras están instaladas e incluso a la vista, hay una prevención de los delitos que más frecuentemente se cometen en este ámbito, que ha dado lugar a uno de los temas más estudiados por la criminología de la "vida cotidiana": los hurtos en grandes almacenes. También facilita la identificación de los autores de un delito, aunque a veces, dada la mala calidad de las imágenes o, en caso de atraco a bancos, a que los autores suelen llevar la cara tapada, dicha identificación no siempre es*

41. Como sucedió en Los Angeles en el "caso Rodney King", cuando la madrugada del 3 de marzo de 1991 unos policías para reducir a Rodney King que durante horas había conducido su auto a gran velocidad, sustrayéndose a la persecución policial, una vez que éste se detuvo lo golpearon repetidas veces en todo el cuerpo con fustas, patadas, puñetazos mientras estaba tendido en el suelo, causándole lesiones de diversa consideración. En el primer juicio contra los policías, éstos fueron absueltos precisamente en base a una valoración del vídeo en el que se había grabado la paliza que hizo un "experto" policial ante el Jurado, según la cual los policías actuaron correctamente empleado la violencia que en esas circunstancias era necesaria para reducir a Rodney King. El escándalo y las protestas que provocó tal resolución en mayo de 1992, obligó a la celebración de un nuevo juicio, esta vez en el ámbito de la Justicia federal, entendiéndose que en la octuación de la policía había habido motivos racistas (Rodney King es de raza negra). En este segundo juicio los policías fueron condenados, si bien a penas bastante suaves (véase FLETCHER, *Las víctimas ante el jurado*, cit., págs. 63 y ss.).

42. Cfr. al respecto MEDINA ARIZA, "El control social del delito a través de la prevención situacional", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2, 1998, págs. 281 y ss. Para una exposición resumida de esta teoría, MUÑOZ CONDE/HASSEMER, *Introducción a la Criminología*, Valencia 2002.

factible, teniendo, en todo caso, que pasar la grabación por los controles de autenticidad y visionado y análisis contradictorio por las partes en el juicio oral. Pero a estas dificultades probatorias se añade la lesión del derecho a la intimidad que pueden comportar cuando las cámaras se instalan en lugares eminentemente privados, como vestuarios, probadores, servicios higiénicos. El tema ha sido planteado también en el ámbito de la jurisdicción laboral, cuando, como ya hemos visto, dichas instalaciones se emplean para controlar el grado de cumplimiento y fidelidad de los trabajadores para con la empresa. Una vez más, el problema consiste en el equilibrio entre la legítima prevención o defensa de quienes pueden ser o son de hecho víctimas de un delito contra sus intereses y el derecho a la intimidad de trabajadores y clientes. La diferencia entre ámbito de utilización pública y ámbito reservado a la intimidad, no siempre es fácil de hacer y depende del tipo de establecimiento e incluso de la mercancía u objeto de las actividades comerciales que en él se desarrolla. Igual que sucede con los "mecanismos automáticos de defensa"<sup>43</sup>, también aquí es discutible si de un modo general se puede admitir la licitud de tales grabaciones y su utilización como prueba en el correspondiente proceso (penal, laboral, civil) en el que se presenten. Lo que es evidente es que en todo caso esas grabaciones no pueden ser empleadas fuera del proceso penal, incluso convertidas en un negocio, vendiéndolas a cadenas de televisión o medios de comunicación, cuando en el hecho en cuestión esté implicado un personaje famoso. Un caso de este tipo se dio, cuando la cinta en la que se grabaron los hurtos que al parecer cometió la famosa actriz norteamericana Winona Ryder, fue exhibida, antes que en el proceso en el que se la jugó, en todas la televisiones y medios de comunicación, distribuida por la propia empresa víctima de los presuntos hurtos. Es evidente que una de las objeciones que se formulan contra las tesis de la "situational prevention" es precisamente en este ámbito de las grabaciones audiovisuales la compatibilidad de las mismas con el derecho a la intimidad<sup>44</sup>.

b) Supuestos en los que el particular que realiza la grabación no actúa justificadamente o incluso la realiza para cometer otros delitos.

Como ya hemos dicho, cuando la escucha o grabación ilegal no tiene ninguna justificación y el sujeto que la hace, la hace para divulgar secretos o datos de la intimidad del grabado, para chantajearlo o para obtener alguna prueba de hechos no delictivos, pero considerados socialmente inmorales (adulterio, homosexualidad, etc.), es directamente aplicable el delito previsto en el art. 197 del CP, incluso en su modalidad cualificada del apartado 3, aplicable también a los meros divulgadores que no tuvieron parte en la grabación. Diariamente vemos cómo la prensa amarilla, o la del corazón u otros medios de comunicación incluso pretendidamente serios, revelan datos, fotos íntimas, vídeos y conversaciones privadas de personajes conocidos, políticos, artistas famosos, deportistas, etc., obtenidas mediante la utilización sistemas de grabación instalados ilegalmente en sus propios domicilios, o suministrados por personas de su entorno, personal de servicio, que hacen de esta manera incluso un buen negocio vendiendo estos datos a los citados medios. No cabe duda de que esto ha llegado en nuestro país ya a unas cotas realmente vergonzosas, que sólo una muy discutible "adecuación social", o la propia indiscreción de los protagonistas (que a veces venden también sus intimidades o sacan alguna ventaja o publicidad de las mismas), hacen que en la mayoría de los casos estos evidentes atentados al honor, a la intimidad o a la propia imagen no se persigan penalmente, o no den ni siquiera lugar a una demanda civil al amparo de la Ley de protección a estos derechos. Pero de lo que aquí se trata ahora es de saber hasta qué punto estos datos pueden ser utilizados aportándolos tal como se exhiben en los medios de comunicación como prueba de, por ejemplo, un adulterio en un proceso de divorcio, de paternidad en un proceso de filiación, o incluso de un hecho delictivo de los que suelen darse en el ámbito de la privacidad (malos tratos familiares, aborto, abusos sexuales de menores, donación y consumo compartido de drogas ilegales).

43. También llamados "offendicula". Se trata normalmente de descargas eléctricas de alto voltaje, pinchos, alambradas, etc., que suelen instalarse en los muros de los domicilios o comercios para evitar la entrada de personas no autorizadas o por lugares no destinados al efecto. En la medida en que dichas instalaciones pueden provocar lesiones o incluso la muerte de alguien que, con propósito de cometer un delito o incluso inadvertidamente, caiga bajo su radio de acción, se plantea si sería aplicable aquí la legítima defensa de la propiedad o alguna otra causa de justificación; cfr. al respecto ONTIVEROS, Mecanismos de autoprotección, tesis doctoral inédita, Salamanca 2002. Una exposición resumida de la problemática que plantean estos "mecanismos automáticos de autoprotección", véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Parte General* cit., págs. 352/353.

44. Sobre la prevención situacional a través de del empleo de sistemas audiovisuales, véase ELLIOT, "Video Tape Evidence, The Risk of Over-Persuasion", en *The Criminal LAB Rebién*, 1998, p.159 ss.; también VON HIRSCH, "The Hética of Public Television Surveillance", en VON HIRSCH/GARLAND, *Ethical and social perspectives on situational crime prevention*, Oxford 2000, págs. 59 y ss.

les), y sobre todo de que esto lo pueda hacer impunemente alguien que incluso ha participado en esos hechos o ha sido incluso coautor de los mismos. Antes poníamos el caso del periodista, cuyas relaciones sexuales más o menos anómalas con una prostituta fueron filmadas por ésta y posteriormente entregadas previo pago de una importante suma de dinero a terceros, que las divulgaron. Conforme a la tesis aquí mantenida respecto a la interpretación del delito tipificado en el art. 197.1 y 3, del CP, no cabe duda de que tanto la prostituta, como los que le compraron esas imágenes y las divulgaron, cometieron este delito. Pero lo que aquí se plantea es si, por ejemplo la mujer del citado periodista podría haber utilizado esta grabación como prueba en un proceso de divorcio, o si la Policía o un Juez hubieran podido utilizar grabaciones o fotos similares como prueba de algún delito que hubiera podido cometer pagando, por ejemplo, los servicios de la prostituta con droga, o si ésta hubiera sido menor de edad (véase, por ejemplo, sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 25 marzo 1994: "caso Duque de Feria", ponente: Gil Merino. En esta sentencia no se planteó, sin embargo, el problema de la admisibilidad de esta prueba como única prueba de cargo, porque de todos modos los hechos quedaron probados a través de otros medios de prueba, sobre todo con la prueba testifical).

La respuesta a este problema no es fácil, porque como ya hemos visto, existe en estos casos un conflicto entre dos intereses contrapuestos: la intimidad del sujeto violada de esta manera y, en el caso de prueba de la comisión de un delito, el interés en la persecución y castigo del mismo. Pero lo que no cabe duda es que de si se admitiera de forma general la validez de estas pruebas obtenidas por un particular, cometiendo el delito previsto en el art. 197, no sólo se volatizaría la protección penal del bien jurídico protegido en este delito: la intimidad, sino que se abriría la puerta a la práctica masiva del chantaje, lo que por lo demás se suele dar frecuentemente en relación con actos de la intimidad. Adulterio (de la mujer) y homosexualidad (masculina) han sido fuente permanente de chantaje durante mucho tiempo, sobre todo en épocas donde además de forma directa o indirecta estos hechos eran constitutivos de delito<sup>45</sup>. Para acabar con esta lacra, bastante frecuente por lo demás y que queda la mayoría de las veces en la impunidad, el CP en su art. 171, apartado 3 dice que "si el hecho descrito en el apartado anterior

consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito, el Ministerio Fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere sancionado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el Juez o Tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados". De este modo se anima a la víctima de un chantaje, que puede estar basado en que ha cometido un delito, a que denuncie al chantajista, ofreciéndole incluso la más absoluta impunidad si el delito que hubiera cometido y por el que está siendo chantajado tiene una pena de prisión inferior a dos años, y en todo caso una sustancial rebaja de la pena en uno o dos grados, si el delito por el que fuese chantajado tuviese pena superior.

Esta magnanimidad del legislador español para con la víctima del chantaje que se atreva a denunciar al chantajista, nos debe también llevar a plantearnos si las pruebas en las que se base el chantaje (fotografías, conversaciones telefónicas, vídeos, etc.) pueden ser utilizadas, cuando además su obtención se debe a la comisión de un delito de escuchas o grabaciones ilegales previsto en el art. 197. Como antes se ha dicho, la jurisprudencia y la doctrina alemana aplican para estos casos el principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, en el caso antes citado, relatado por ROXIN, en el que uno de los hombres de negocios graba la conversación con otro en la que se habla de incendiar un edificio y luego entrega como prueba la grabación a la policía, la gravedad de este delito, permite admitir esta prueba y valorarla como prueba de cargo. Sin embargo, grabaciones en las que se recoge la prueba de un perjurio o de un delito de calumnia, son rechazadas por considerar que en estos casos se trata de delitos menos graves y es prioritario el derecho a la intimidad del particular que quedó conculcado con la grabación<sup>46</sup>.

Esta solución, por las razones ya dichas, no es del todo convincente, aunque ofrece un criterio, el principio de proporcionalidad, que debe ser siempre, como cualquier otro principio general informador del ejercicio del poder punitivo del Estado, tenido en cuenta a la hora de resolver un problema jurídico, sobre todo cuando como en este caso se trata de un conflicto de intereses. Pero las insuficiencias de un criterio tan abstracto, a concretar después en cada caso, han sido puestas de relieve por la doctrina alemana hace ya algún tiempo, que por lo demás ha ido manteniendo a lo largo de

45. Véase MUÑOZ CONDE, Prólogo a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El chantaje*, Barcelona 1995.

46. Cfr. ROXIN, *La evolución*, cit., págs. 154 y s., con referencias a las decisiones jurisprudenciales en las que se adoptaron tales decisiones.

estos últimos años diferentes posiciones que van desde la absoluta posibilidad de valoración, a la no valoración también de un modo absoluto de este tipo de pruebas, pasando, además de por la teoría de la ponderación, por otra teorías como la de derivar del derecho material, incluso de las relaciones civiles entre el que graba la voz y el que habla, la posibilidad o imposibilidad de la valoración<sup>47</sup>, lo que demuestra lo difícil que es dar una respuesta única a este problema, tanto si es favorable como contraria a su valoración.

Pero lo que realmente dificulta una solución unitaria a este problema es la variedad de situaciones que se pueden presentar, que van desde la del agente provocador, que incluso puede ser un infiltrado por la Policía, que consigue sin darse cuenta su interlocutor que éste se delate hablando, mientras el otro graba sus palabras, hasta la del chantajista que filma a quien está comprando droga para después pedirle dinero a cambio de no denunciarlo, pasando por caso en los que políticos y personajes importantes son grabados por particulares en sus "debilidades", para después poder chantajearlos. Uno de estos casos es el llamado "caso Montesinos", en el que el que a mediados de los años 90 fue famoso asesor del ex Presidente de Perú Fujimori, grababa las conversaciones que mantenía con las personas que iban a verlo en su despacho, principalmente empresarios, con los que unas veces mantenía conversaciones más o menos inocuas o todo lo más constitutivas de un tráfico de influencias, otras se trataba de auténticos sobornos pasivos, en los que el citado asesor pedía dinero para su partido a cambio de favores o de promesas de gestiones. Evidentemente, ello no lo hacía para denunciar a los empresarios supuestos corruptores que venían a sobornarle, sino para conseguir un instrumento de chantaje, con el que poder presionarlos o amenazarlos en su día, si se negaban a dar más dinero o hacían algo que no le gustara. Que, en todo caso, estos empresarios eran sorprendidos en su buena fe y que nada sabían de tales grabaciones era evidente; como lo era también que las mismas no se hacían con el fin de ayudar a la Justicia y acabar con la corrupción, sino para todo lo contrario: para tener un arma con la que seguir manejando la tela de araña de la corrupción. Pero también en este caso se daban di-

versas situaciones en las que las conversaciones grabadas iban desde la solicitud de gestiones carentes de significado penal, de las muchas que en cualquier país se hacen diariamente ante políticos, ministros, altos cargos de la Administración, etc., hasta otras que podían rayar en lo delictivo como tráfico de influencias o incluso directamente como cohecho. Lo verdaderamente insólito en este caso es que se grababan, a pesar de que en los casos en que las conversaciones grabadas podían versar sobre hechos constitutivos de delito, la responsabilidad de los mismos recaía también sobre Montesinos que grababa, en estos casos, su propio delito. No se trataba, por tanto, de los casos, que ya hemos mencionado antes, en los que el que es víctima de un chantaje o de la petición de dinero por parte de una autoridad o funcionario graba al chantajista o al autor del cohecho para después denunciarlo, sino de que el que solicita la dádiva o realiza el chantaje graba su propio delito.

De lo que en este caso y en otros similares a éste (recuérdese los vídeos que han surgido a principios de 2004 en Méjico recogiendo supuestos sobornos y entrega de comisiones a políticos de casi todos los partidos del espectro político mejicano) se trata, es de si, por las razones que sean, estas grabaciones, que pueden ser también manipuladas, llegan a manos de la Policía y se incorpora a un proceso penal, se pueden utilizar sin más y directamente como prueba de cargo contra el que fue grabado contra su voluntad, sin su consentimiento. No plantea la menor duda, por supuesto, que sí puedan utilizarse como prueba contra el que realiza la grabación, porque ello es ya en sí mismo constitutivo de un delito y ésta es la prueba del mismo. Pero el problema en este caso, y en otros similares en los que se graba conversaciones de políticos y funcionarios con particulares cuyo contenido puede ser delictivo (recuérdese la STC 18/2003, 23 octubre), es si cuando estas grabaciones se realizan con fines de chantaje y no ya de perseguir el delito, y fuera de los casos regulados legalmente y autorizados judicialmente, se pueden valorar como prueba de los supuestos delitos que hayan podido cometer los particulares cuyas conversaciones fueron grabadas ilegalmente.

Imaginemos que en el famoso "caso Juan Guerra", que tanto dio que hablar en España a media-

47. Sobre las diferentes posiciones mantenidas en la doctrina y jurisprudencia alemanas sobre la posibilidad de valorar como prueba las grabaciones de voz realizadas entre particulares, véase FRANK, "Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privates, Überlegungen zu einem einheitlichen Schutz des Rechts am gesprochenen Wort im Straf- und Strafverfahrensrecht", 1995, págs. 67 y ss., quien mantiene, en principio, que no pueden ser valoradas las grabaciones de voz realizadas ilegalmente que afectan al núcleo absoluto de la intimidad y las que no son congruentes con el fin de persecución de un delito; considerando por el contrario que sí pueden valorarse las que se hacen a favor del acusado o son congruentes con la finalidad de obtener pruebas para perseguir el delito (págs. 128 y s.).

dos de los años 80, el hermano de un alto cargo del Gobierno que recibía en "su" despacho instalado en un edificio público a multitud de empresarios, políticos, etc., que iban a solicitar su mediación en problemas de todo tipo, hubiera procedido a filmar subrepticia e ilegalmente a los que iban a visitarlo, ¿hubiera podido utilizarse esas grabaciones como prueba en un proceso por tráfico de influencias contra los que hubieran sido filmados sin su consentimiento? Como ha quedado demostrado, no fueron uno, ni diez, ni cien, sino muchas más las personas de todo tipo que pasaron por ese despacho<sup>48</sup>. Unas sólo iban a pedirle que hiciera alguna gestión, otras a tomar un café y a comentar con él cosas de la política local o nacional, y otras a cosas sin duda más relevantes y sustanciosas, como instar una subvención, un trato de favor en determinadas políticas económicas, una recalificación de terrenos, etc. Curiosamente, cuando se procesó y juzgó a este personaje, que finalmente fue condenado por delito fiscal, pero no por los delitos contra la Administración de Justicia de los que también fue acusado (cfr. STS 24 octubre 1996), a nadie se le ocurrió acusar también a los centenares de personas que fueron a su despacho a visitarlo y solicitar alguna gestión que pudiera entrar en el terreno de lo delictivo. Pero es que además la propia sentencia admitió que estos hechos no eran constitutivos de delito, lo que por cierto dejaba malparada una investigación judicial que se llevó a cabo "a bombo y platillo", paralelamente a una campaña mediática que no tenía otro fin que el de desacreditar al Gobierno (socialista) que regía en aquel momento (cfr. también el supuesto de hecho de la STC 18/2003, 23 octubre citada *supra*).

Fueron estas mismas dificultades para tipificar estos hechos, reconocidas por la propia sentencia que los juzgó, lo que motivó que se creara y se introdujera por aquellas fechas en el CP el delito de tráfico de influencias<sup>49</sup>, que actualmente se recoge en los artículos 428 a 430 del CP<sup>50</sup>. Estos delitos se configuran como una especie de acto preparatorio del cohecho o como una forma de castigar un cohecho que o bien no existe realmente por no mediar la entrega de alguna cantidad

económicamente relevante a la autoridad o funcionario que tiene, o porque no puede probarse dicha entrega. Los delitos exigen además en su modalidad de influencia sobre funcionario o autoridad que se dé una "situación de prevalimiento" sobre el funcionario o autoridad (cfr. arts. 428 y 429), y en la modalidad de ofrecimiento de influencia a particular ni siquiera eso (cfr. art. 430). Las penas con que se castigan tampoco son graves (de seis meses a un año de prisión y multa); y la eficacia práctica que han tenido hasta la fecha ha sido prácticamente nula, pues apenas han sido objeto de aplicación, lo que demuestra que una vez más estamos aquí ante un Derecho penal simbólico hecho más de cara a la galería, para salvar la imagen de honestidad de la clase política, que con vocación de atajar realmente por esta vía el fenómeno, sin duda preocupante en cualquier país y más con un sistema democrático, de la corrupción<sup>51</sup>.

Pero volviendo al tema de si en los procesos que pudieran surgir por estos delitos puede utilizarse como prueba material videográfica grabado ilegalmente por un particular, que de hecho puede funcionar también como agente gubernamental o político, para luego chantajear a la persona grabada, y no con el fin de ayudar a la Justicia denunciando a los que pretenden sobornarlo o ejercer influencia sobre sus decisiones, la respuesta, aunque con matizaciones que dependen de las particularidades de cada caso, debe ser negativa<sup>52</sup>. Lo cual, obviamente, no quiere decir que no se puedan utilizar otras pruebas, desde la propia declaración del autor de las grabaciones, hasta la prueba de la entrega del dinero o su ingreso en una determinada cuenta corriente, documentos que acrediten las gestiones ilegalmente realizadas, etc. Pero de lo que se trata es de saber hasta qué punto en estos casos es prioritario respetar el derecho a la intimidad del que, sin su consentimiento, fue objeto de una grabación mientras conversaba con su interlocutor.

La jurisprudencia española en tanto yo sepa, salvo en los casos en los que el graba es un agente estatal o un particular víctima de un delito, apenas se ha ocupado de casos de este tipo. En una

48. Véase Libro de registro de visitas de Juan Guerra, quién es quién en el libro escándalo, *Documento/Texto íntegro*, editado por la Revista Tiempo, Madrid 1990.

49. Véase sobre esta reforma MUÑOZ CONDE, "Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada", apéndice a la 8.ª edición de *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia 1991

50. Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial* 14.ª ed., Valencia 2002, págs. 9, 62 y ss. También OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Los delitos relativos al tráfico de influencias*, La Ley 1998.

51. La bibliografía sobre este tema aparecida en los últimos años es bastante abundante, para una visión global del problema me remito a la obra de CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Barcelona 1997

52. En el mismo sentido, en la doctrina alemana, véase FRANK, *lug. a. cit.*



sentencia del TS 1 de marzo de 1996 (ponente: Martín Pallín), en la que se trataba de la validez de la grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizada por una de ellas sin advertírsela a las demás, se parte ciertamente, aunque, en mi opinión, de forma criticable, de que dicha grabación “no ataca a la intimidad, ni al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que las manifestaciones realizadas representaban la manifestación de voluntad de los intervinientes que fueron objeto de grabación de manera desleal desde el punto de vista ético pero que no traspasan las fronteras que el ordenamiento jurídico establece para proteger lo íntimo y secreto”.

Tras esta afirmación, a mi juicio y por las razones ya dichas anteriormente, discutible, el TS alega, como apoyo a lo que acaba de afirmar, que “el contenido de la conversación pudo llegar al proceso por la vía de su reproducción oral si alguno de los asistentes recordaba fielmente lo conversado” (lo que plantearía entonces, añadido, el problema de la validez como prueba de la declaración de un coimputado contra otro coimputado<sup>53</sup>); “o mediante la entrega de la cinta que recogía textualmente, con mayor o menor calidad de sonido, el intercambio de palabras entre todos los asistentes” (pero en ese caso, añadido, la cinta hubiera tenido que ser autenticada y llevada al juicio oral para pasar la intermediación y el análisis contradictorio de las partes).

Y de una forma bastante discutible dice esta sentencia, a mayor abundamiento, lo siguiente:

“cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico”.

Desde luego, con este párrafo final de su Fundamento Jurídico, la STS hace una interpretación del delito de grabación ilegal que, admitida de forma general, deja prácticamente sin protección la intimidad de una conversación o cualquier otra comunicación verbal. En él se viene a decir más o menos que “cuando un sujeto habla con otra persona, asume el riesgo de que sus palabras pueden ser grabadas”. Esto puede tener sentido cuando se

hacen declaraciones en un lugar o en unas condiciones (bar, restaurante, calle, conferencia, etc.) en las que ciertamente además del interlocutor pueden escuchar las palabras cualquier otra persona<sup>54</sup>; pero no cuando se pronuncian en la intimidad y en relación directa con una persona o personas únicos destinatarios de las mismas; y mucho menos cuando se trata de conversaciones mantenidas con un profesional (abogado, médico, psicólogo), cuya revelación por parte de éste constituye además el tipo agravado de revelación de secreto profesional recogido en el art. 199 del CP. ¿Se imagina alguien que el profesional abogado o médico pudiera grabar la conversación con su cliente y que luego ésta se pudiera utilizar como prueba en un proceso penal? Carece, a mi juicio, de sentido convertir en delito la grabación ilegal de una conversación privada y decir luego que el interlocutor cuyas palabras han sido grabadas ilegalmente por el destinatario de las mismas tiene que asumir el riesgo de que la grabación sea utilizada como prueba contra él. Si prosperase la interpretación que propone en este caso el TS, adiós privacidad de las conversaciones entre particulares, adiós intimidad de las conversaciones telefónicas. Atención miembros de Consejos de Administración, cuidado con lo que digáis en alguna reunión en el seno del mismo, si alguien os graba podrá usar vuestras palabras, dárselas a la prensa, etc., revelando incluso datos económicos sobre el estado de la empresa, su estado financiero, sin incurrir por ello en la menor responsabilidad penal. Cuidado, también enamorados que tenéis relaciones íntimas con vuestros amantes, sabed que éstos pueden grabar impunemente vuestras pasiones y caprichos eróticos, cuando las manifestéis verbalmente. La prensa amarillista o la llamada del corazón estarían de enhorabuena, sin ningún problema podrían publicar todas las conversaciones grabadas por alguno de sus agentes que consiguió conversar privadamente con el personaje famoso; y lo que es peor, la grabación se podría utilizar como prueba en un proceso penal.

Y lo mismo habría que decir y admitir, si se sigue lo que dice el TS en el Fundamento Jurídico de esta sentencia, cuando además de las palabras se graban también la imagen del que habla, que-

53. Sobre la dudosa admisibilidad desde el punto de vista constitucional del valor probatorio de la declaración de un coimputado contra otro coimputado, véase MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad*, cit., (págs. 69 a 84 de la 2.ª edición argentina). A favor de su carácter como prueba, aunque requiriendo, en todo caso, la corroboración, véase DÍAZ PITA, Paula, *El coimputado*, Valencia 2000, y una amplia jurisprudencia recogida por FLORES PRADA, *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*, Madrid 1998. Cfr. sin embargo, STC 207/2002, de 11 noviembre (ponente: Delgado Barrio), que rechaza expresamente el carácter de prueba de la declaración del coimputado cuando ésta no es corroborada.

54. Y aun así ello es también discutible; cfr. la sentencia del Tribunal Superior de Cantabria de 25 abril 2003 (recogida en La Ley, 12 diciembre 2003), en la que se confirma la validez de la expulsión de un Concejal del Salón de Plenos del Ayuntamiento decretada por el Alcalde y ejecutada por la Fuerza Pública, por utilizar una grabadora durante una de las sesiones.

dando así también desprotegidas penalmente situaciones como la del periodista filmado en sus caprichos eróticos. Sin embargo, el art. 197.1 del CP vigente (y el 497 bis del anterior) equiparan, con razón, la grabación del sonido y la imagen, y es que tanto la una como la otra son parte de la intimidad de una persona, que, es en definitiva, lo que dicho precepto quiere proteger. A la vista de lo que dice el art. 197.1 del CP, está claro que es grabación ilegal toda aquella en la que se emplea algún medio técnico que recoja el sonido y/o la imagen de alguien sin su consentimiento. El TS sólo puede tener razón en lo que se refiere a conversaciones no grabadas, bien percibidas directamente por uno de los interlocutores (que luego puede testificar sobre el contenido de las mismas), bien indirectamente, de manera fortuita por encontrarse en las cercanías, o incluso por escuchar detrás de la puerta de la habitación en la que se está hablando. Pero en este caso, ya no se trata de admitir como prueba una grabación (ilegal), sino de admitir y valorar como tal la declaración de un testigo que oyó la conversación.

Pero independientemente de este razonamiento, lo más curioso de esta sentencia es que después de lo dicho respecto a la licitud de las conversaciones privadas grabadas por uno de los intervinientes, afirma respecto a su valor probatorio lo siguiente:

“No obstante y de manera clara y terminante la Sala sentenciadora acuerda rechazar la validez de la grabación pues si la hubiese admitido se desconocería el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. La conversación no surgió espontáneamente y hubiera tenido otros derroteros, como es lógico, si todos los interlocutores supieran que se estaba grabando o por lo menos hubieran acomodado sus preguntas y respuestas a la situación creada por la existencia de un instrumento de grabación”.

Y todavía dice más:

“El contenido de una conversación obtenida por estos métodos no puede ser incorporada a un proceso criminal en curso cuando se trata de utilizarlo como prueba de la confesión de alguno de los intervinientes ya que si ésta se ha producido sin ninguna de las garantías establecidas por los principios constitucionales es nula de pleno derecho. La Sala sentenciadora de acuerdo con esta doctrina proclamada expresamente prescinde por completo de cuantas manifestaciones se hicieron en la conversación grabada ya que, desde un punto de vista estrictamente procesal, se hicieron de manera provocada y con la exclusiva intención de pre-

sentarlas como prueba en las diligencias en curso y sin estar revestidas de las garantías que aporta la intervención del Juez y del Secretario Judicial y la advertencia de los derechos a no declarar a y no confesarse culpable”.

Es decir, y en definitiva, lo que esta sentencia viene a afirmar por un lado: la admisibilidad como prueba de la grabación de la conversación obtenida sin consentimiento de uno de los intervinientes en la misma; lo niega por otro, al rechazar esta prueba por violar el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. Algo que como ya hemos visto, ya ha señalado ROXIN, cuando afirma que este tipo de procedimiento viola el principio “*nemo tenetur se ipsum accusare*” (nadie está obligado a declarar contra sí mismo) y que también entre nosotros el Magistrado del TS, Enrique BACIGALUPO, había puesto de relieve en su comunicación anteriormente citada<sup>55</sup>. De un modo u otro, de lo que se trata es, pues, de rechazar como prueba un dato que se ha obtenido de una forma que claramente lesiona un derecho fundamental; careciendo de interés desde el punto de vista práctico que ese derecho sea el derecho a la intimidad (lo que rechaza el TS en esta sentencia), o el derecho a no declarar contra sí mismo (que el TS admite).

Lo que, en todo caso, está claro es que hay muchas razones tanto de índole específicamente jurídico penal, como también constitucional, para rechazar, en principio, la utilización como prueba en un proceso penal de las grabaciones de conversaciones, vídeos, etc., realizadas por un particular cometiendo el delito previsto en el art. 197 del CP, sin ninguna causa que lo justifique. Entre las primeras está que se trata de un hecho delictivo, que además lesiona directamente un bien jurídico que afecta a un derecho fundamental como es el derecho a la intimidad, y al que, por tanto, no puede dársele valor probatorio, salvo que queramos provocar un efecto criminógeno e incitar a todo el mundo a convertirse en una especie de detective privado buscando pruebas para cargarse a su enemigo político, empresarial o simplemente personal. Entre las segundas está no sólo el respeto que merece el derecho fundamental a la intimidad, de rango constitucional, que sólo en casos excepcionales, tasados legalmente y controlados judicialmente, puede ser limitado o vulnerado de algún modo, sino también el derecho constitucional igualmente fundamental a no declarar contra sí mismo. Cuál de estos caminos se elija para fundamentar la inadmisibilidad de esta prueba, es aho-

55. Véase las referencias a ambos autores *supra*.

ra indiferente, y creo que cualquiera de ellos puede utilizarse, o incluso todos al mismo tiempo. Pero no podemos olvidar que la propia idea de la Justicia exige también la proporcionalidad entre la entidad del delito de que se trate y la gravedad de la violación de la intimidad que implica la grabación con la que quiere probarse ese delito (en este sentido y en relación con la intervención de comunicaciones, véase SSTC 167/2002, 205/2002, 184/2203 en las que se otorga el amparo por haberse infringido este principio de proporcionalidad). Y si éste, como ya hemos visto, es un principio aplicable a cualquier acto de injerencia en el derecho a la intimidad que realicen agentes estatales en la averiguación y castigo de los delitos, con mucha mayor razón debemos exigirlo cuando se trate de injerencias cometidas por un particular, que además son constitutivas de un delito, que se realiza incluso para cometer otros.

En un caso en el que se me pidió un Dictamen sobre la validez como prueba de una de las grabaciones realizadas ilegalmente por el entonces todopoderoso asesor del Presidente de Perú<sup>56</sup>, se trataba, según la acusación que hacía el Ministerio fiscal peruano, de un presunto delito de tráfico de influencias que podría haber cometido el gerente de una fábrica de pastas alimenticias que quería gestionar con el citado político que se anulase por un Tribunal la denegación de una licencia de apertura de la citada fábrica que había acordado la Municipalidad de Lima. Analizando detenidamente la transcripción de la grabación videográfica de dicha conversación que el abogado solicitante del dictamen puso a mi disposición, no tuve la impresión de que efectivamente se hubiera cometido dicho delito, salvo que se puedan estimar como tales este tipo de conversaciones y gestiones que se suceden frecuentemente en los despachos ministeriales de cualquier país (que obviamente, como ya ha pasado en otros países, pueden ser grabadas para explotárselas políticamente cuando convenga, provocando el consiguiente escándalo político, o simplemente para chantajear al interlocutor). En consecuencia, y dado el carácter delictivo de las grabaciones que había realizado el tal asesor presidencial, consideré que las mismas no deberían ser admitidas como prueba en el proceso que por un supuesto delito de tráfico de influencias se había incoado contra el citado gerente de la compañía que había hecho las gestiones ante él, aunque sí obviamente en el proceso que en su día se dirigiera contra el asesor presidencial, co-

mo autor de un delito de grabación ilegal. Es posible que en otros casos, y así parece desprenderse de la existencia otros vídeos, cuyo contenido parcial sólo conozco por referencias en los medios de comunicación, a través de las cintas grabadas puedan constatar otros delitos más graves cometidos por dicho sujeto, y que las mismas puedan utilizarse, si se cumplen los requisitos de autenticación, contradicción y presentación en el juicio oral, como prueba en el proceso penal que en su día pueda llevarse a cabo contra el citado asesor presidencial por estos delitos, además de por el delito de grabación ilegal masiva; pero no me parece tan claro que puedan utilizarse contra los que fueron víctimas de estas grabaciones ilegales. No cabe duda de que la corrupción es un fenómeno que se da con frecuencia en muchos países incluso con una gran tradición democrática y con fama de honradez en sus gobernantes. El "caso Kohl" en Alemania, el "caso Jupée" en Francia, los procesos contra Berlusconi en Italia, los casos "Naseiro", "Filesa", "Ayuntamiento de Burgos", etc., en España, han puesto de relieve lo preocupante que puede ser este fenómeno cuando alcanza a los más altos puestos de la política y se utiliza frecuentemente como medio de financiación ilegal de los partidos políticos. Pero un análisis de este problema nos llevaría más lejos de lo que era el objeto de este trabajo: demostrar una vez más que la lucha contra la criminalidad, contra cualquier tipo de criminalidad, no puede llevarse a cabo a toda costa o a cualquier precio, con desprecio o merma de derechos fundamentales cuya salvaguarda y garantía constituyen la esencia del Estado de Derecho. Que ello puede conducir a decisiones jurisprudenciales discutibles o, por lo menos, difíciles de entender por el que no está avezado en las reglas de exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, lo demuestra el caso siguiente:

La Cámara Federal de la Plata en Argentina sostuvo la ineficacia probatoria de una documentación que se hallaba en un maletín del que se había apoderado indebidamente un particular que a la vista de su contenido (documentos falsificados) denunció a su propietario a la Policía. El Tribunal de Apelaciones descalificó la presentación como prueba, por ilegitimidad de su origen, de esta documentación, distinguiendo claramente los actos del Estado en la investigación penal de los de los particulares, considerando que respecto a estos últimos la injerencia antijurídica en la intimidad

56. Véase MUÑOZ CONDE, "Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante vídeos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos", en *Revista Penal*, n.º 13, 2004, págs. 105 y ss.

priva de eficacia probatoria a los datos así obtenidos<sup>57</sup>.

A este respecto, basta recordar también la vieja jurisprudencia española que ya se había tenido que enfrentar también con casos en los que un vecino se apoderaba de documentos, sobres cerrados y correspondencia, de otro vecino, bien extra-yéndolos de su buzón particular, bien porque fueron depositados en su buzón por error del empleado de Correos, para descubrir su contenido y denunciarlo a la Policía, ya que muchas veces se trataba de revistas o documentos que demostraban su pertenencia a uno de los partidos políticos declarados ilegales en la época de la dictadura franquista.

¿Habría que admitir también en los momentos actuales que tales documentos, que ahora pueden

consistir en grabaciones ilegales, pueden valorarse como prueba en un proceso penal, cuando se han obtenido de esta forma ilegal y delictiva? (cfr. SSTS 6 octubre 1967 y 25 noviembre 1969).

Y con este interrogante termino esta incursión en el campo procesal siempre minado por los peligros de las pruebas prohibidas, que me he atrevido a hacer como modesto homenaje a uno de los mejores especialistas en Proceso penal que conozco. Aunque sólo fuera por esto ya merecería este Homenaje. Pero también quiero homenajear al que además de un gran jurista, profesor, abogado y juez, es, sobre todo, un gran universitario y excelente persona que con su bonhomía ha sabido mantener discusiones científicas con colegas, incluso de forma apasionada, sin perder por ello la caballerosidad y el respeto que merece el adversario<sup>58</sup>.

---

57. Citado por HAIREBEDIAN, en *Nueva Doctrina Penal* citada.

58. Véase el debate mantenido entre MAIER y Jaime MALAMUD en los volúmenes correspondientes al año 2002 y 2003 de la revista *Nueva Doctrina Penal*.