

**LA VALIDEZ PROCESAL COMO PRUEBA DE CARGO
DE LAS GRABACIONES EN LAS QUE LA PERSONA RECOGE
LAS MANIFESTACIONES DE SU INTERLOCUTOR
Y QUE ACREDITAN LA COMISIÓN DE HECHOS DELICTIVOS¹**

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG²
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

RESUMEN:

El presente estudio, elaborado como discurso de investidura para el acto de concesión del Doctorado Honoris causa por la Universidad de Huánaco (Perú), se ocupa de la validez procesal como prueba de cargo de las grabaciones realizadas por un particular sobre las conversaciones que mantiene con su interlocutor; cuestión que adquirió notable relevancia en Perú con ocasión de los denominados *Vladi-videos*.

PALABRAS CLAVE:

Derecho al secreto de las comunicaciones, intimidad, licitud probatoria, grabaciones subrepticias.

¹ Artículo publicado en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 69, Fasc/Mes 1, 2016, 15-23.

² Catedrático emérito de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

ABSTRACT:

This study, made as inaugural speech for the Act of granting of the doctorate *Honoris causa* by the University of Huanaco (Peru), deals with the procedural validity of recordings made by an individual on the conversations with the other party; a question which has acquired considerable importance in Peru on the occasion of the so-called *Vladi-videos*.

KEYWORDS:

Right to privacy, secrecy of communications, exclusionary rule, hidden recordings

Me van a permitir que divida en dos partes este discurso de investidura como Doctor honoris causa por la Universidad de Huánuco. En primer lugar, voy a referirme a mis vínculos con la ciencia y la práctica penales peruanas. La segunda y última parte de mi discurso estará dedicada a exponer lo mucho que significa para mí este honor que hoy se me confiere.

Empezando por esos vínculos, en el primer artículo que publicó en Perú me ocupaba de la «Omisión impropia en la dogmática penal alemana», y lleva fecha de 1999. El más reciente es de 2014 y lleva por título *A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad*. Entre esas fechas he publicado en este país dos artículos más. También ha aparecido en Perú un libro mío *Tiene un futuro la dogmática jurídico penal* y, junto con los profesores GRACIA, PEÑARANDA, RUEDA, SUÁREZ y URQUIZO, he sido el editor de los dos tomos del Libro Homenaje a Bernd Schünemann, que se publicó en Lima, en 2014, por la editorial Gaceta Penal. Finalmente, esta misma semana acaba de aparecer otro libro mío, publicado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos: *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*.

Pero mis lazos profesionales con Perú no se han limitado a aportaciones doctrinales, sino que, y como paso a exponer brevemente a continuación, también he tenido un contacto directo con la praxis de los tribunales peruanos.

A mediados de 2003 Luis Varga Valdivia, por aquel entonces Procurador Ad Hoc del Estado –Casos Fujimori-Montesinos–, me solicitó que emitiera un Informe sobre la posibilidad de que pudieran utilizarse como prueba de cargo, en el asunto Luccheti

Perú, determinados videos –vídeos tal como se pronuncian en Latinoamérica– que Vladimiro Montesinos, sin el conocimiento ni el consentimiento de sus interlocutores, había grabado de las conversaciones que había mantenido con varios altos directivos de la filial de esa multinacional chilena. La solicitud de ese Informe, que emití el 31 de julio de 2003, obedecía a la circunstancia de que un profesor español³ había redactado dos Dictámenes para la defensa de los empresarios acusados, en los que mantenía que tales videos constituían una prueba ilícitamente obtenida y que, por consiguiente, no podían utilizarse como medio de prueba en el procedimiento penal que se estaba siguiendo contra Montesinos y los restantes imputados, administradores de Lucchetti. Y no podían utilizarse, según ese profesor español, porque con tales grabaciones subrepticias se habrían vulnerado tanto el secreto de las comunicaciones como la intimidad de las personas grabadas por el antiguo asesor del presidente Fujimori.

Naturalmente que no voy a entrar aquí en la cuestión de fondo de si esos llamados *vladivideos* eran concluyentes para acreditar los hechos punibles que se le imputaban al grabador y a los grabados, sino que sólo me voy a ocupar de la cuestión, mucho más abstracta, del valor procesal que pueden tener en cualquier procedimiento penal la grabación del sonido y/o de la imagen que un interlocutor realiza subrepticamente de las conversaciones que otras personas están manteniendo con él.

Lo primero que hay que decir es que, en materia de grabaciones subrepticias realizadas por un interlocutor sin el conocimiento ni el consentimiento de la otra o de las otras personas que intervienen en la conversación, hay que distinguir dos bienes jurídicos

³ Me refiero a MUÑOZ CONDE. Sobre todo, ello cfr. infra n. 2.

distintos que pudieran ser vulnerados, eventualmente, con tales grabaciones: el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, derechos que la CE también diferencia, garantizándolos independientemente en el artículo 18.1 (*...se garantiza... el derecho a la intimidad personal y familiar*) y en el artículo 18.3 (*se garantiza el secreto de las comunicaciones*).

Por lo que se refiere al secreto de las comunicaciones, lo que la Constitución Española prohíbe (como el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 8.o1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en lo que se refiere al secreto de la correspondencia) es la injerencia de terceros en las conversaciones telefónicas o vis a vis que están manteniendo otras personas, o la interceptación de la correspondencia que se intercambian dos sujetos distintos del interceptador, ya que obviamente esa conversación (telefónica o no), o esa correspondencia, es sólo secreta para un tercero, pero no constituye secreto alguno para el destinatario de la carta que otra persona le dirige, ni tampoco para quien es el interlocutor de la conversación que está manteniendo con otra persona: hasta tal punto no estamos ante un secreto que la correspondencia se dirige a mí precisamente para que la lea, o se está conversando conmigo, precisamente también, para que tenga noticia de lo que el otro interlocutor me quiere transmitir.

En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español viene manteniendo interrumpidamente, desde 1984, que la grabación que una persona hace subrepticamente de quien se está dirigiendo a ella constituye una prueba obtenida lícitamente, porque, frente al interlocutor que registró el sonido y/o la imagen, el otro interlocutor no mantenía secreto alguno,

ya que una conversación sólo es reservada para los terceros ajenos a ella, pero no, obviamente, para quienes la están manteniendo entre sí: «Como conclusión, pues», se establece en la sentencia del TC de 29 de noviembre de 1984, «debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba éste», porque «quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 [secreto de las comunicaciones] de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre en conducta contraria al precepto constitucional citado», doctrina reiterada por el TC en muchas sentencias posteriores, como, por dar un ejemplo más, en la de 24 de marzo de 2003, en la que se puede leer: «no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje».

Por consiguiente, y como la vulneración del secreto de las comunicaciones sólo se produce cuando un tercero intercepta lo que otras personas ajenas están conversando entre sí, pero no cuando es uno de los conversadores –aunque sea subrepticamente– el que lo hace, la Sala de lo Penal del TS español, en una jurisprudencia igualmente unánime, ha admitido, como prueba lícitamente obtenida, la grabación fonográfica y/o video gráfica que un interlocutor hace de quien se dirige a él, no teniendo inconveniente alguno para admitirla como material probatorio de cargo en procedimientos por delitos de cohecho, de tráfico de drogas, de apropiación indebida, de falsedad e intrusismo, de robo con homicidio, y de proposición para el asesinato.

Como segundo argumento de por qué no podían utilizarse procesalmente los videos grabados por Montesinos, el profesor español que elaboró sus dictámenes para los directivos de Lucchetti manifestaba que tales grabaciones vulneraban también la intimidad de esos directivos, interlocutores del asesor presidencial. Y, para apoyar esa opinión, el profesor español, en sus Dictámenes, acudía al caso de Pedro J. Ramírez, en aquel momento director del diario «El Mundo», quien, en 1996, fue grabado subrepticamente por una mujer mientras mantenía con ésta una relación sexual, video que, después, fue difundido masivamente por correo a, entre otras personas, los más altos dignatarios del Estado español, empezando por Su Majestad el Rey. Todos los partícipes en la grabación y difusión del video sexual fueron condenados posteriormente por la Justicia española por un delito contra la intimidad.

Pero, mientras que en las conversaciones lo que se protege es el secreto, de tal manera que si un tercero ajeno a la conversación que mantienen dos personas la intercepta, responderá penalmente por tal interceptación, aunque aquella conversación haya versado sobre los asuntos más banales, en cambio, en el bien jurídico intimidad, lo que se protege es ésta como tal, por lo que, ciertamente, Pedro J. Ramírez estaba revelando su intimidad a la mujer –que fue quien le grabó subrepticamente con la ayuda de otra persona– con la que mantenía una relación sexual –para ella, por tanto, esa intimidad no era secreta–, pero ello no la autorizaba para difundirla a otras personas: porque, con ello, se vulneraba la intimidad del periodista, intimidad que se protege como tal, sea o no secreta para la persona que la revela, y que, de acuerdo con la jurisprudencia del TC, implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una

calidad mínima de la vida humana». En este sentido, la STS de 12 de diciembre de 2004, condenatoria de los autores y partícipes en la grabación y distribución del video sexual de Pedro J. Ramírez, establece lo siguiente: «Se arguye [por las defensas] que la grabación de las conversaciones telefónicas por uno de los interlocutores no constituye vulneración del derecho a la intimidad. Sin embargo, dicho argumento parte de una confusión entre lo que dispone la Constitución en el art. 18 en sus apartados 1.º [intimidad] y 3.º [secreto de las comunicaciones], puesto que el objeto de la protección en el segundo de los señalados es precisamente el secreto de las comunicaciones, y es evidente que no puede considerarse secreto lo que ya se ha comunicado a un interlocutor, mientras el apartado 1.º lo que garantiza es la intimidad personal *per se*. La STC 114/1984 ya se ocupó de esta cuestión distinguiendo el alcance de estas vulneraciones constitucionales...

Pero en el presente caso de lo que se trata es de vulnerar directamente el art. 18.1 CE, con el alcance tipificado en el art. 197 CP, en su dimensión relativa a la intimidad, que es lo que se protege, y no el secreto de la misma como sucede con las comunicaciones».

Por lo demás, que la manifestación de un comunicante a otro de que ha cometido un delito o de que lo va a cometer, o de que se ha cometido o se va a cometer entre los dos, no pertenece a la intimidad «derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE)», y, obviamente, las manifestaciones en las que se acredita que un interlocutor –o los dos– es un traficante de drogas o de armas o de niños, o que es un prevaricador o un sujeto

responsable de un cohecho, no tienen nada que ver con el respeto a ese sujeto (o a esos sujetos) de su dignidad como persona, o, para decirlo con el TS: «La Constitución y el Derecho ordinario no podrían establecer un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma. En principio, tal derecho resulta rotundamente negado por la obligación de denunciar que impone a todos los ciudadanos el art. 259 LECrim, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por ninguno de los sujetos del presente proceso. Por lo demás, no se alcanza a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos».

Resumiendo todo lo expuesto hasta ahora, formulo la siguiente tesis: La grabación subrepticia que una persona hace de otra con la que está conversando sobre la comisión de hechos delictivos no constituye ilícito alguno y puede, por ello, ser utilizada como prueba de cargo en un procedimiento penal. Y no lo constituye, en primer lugar, porque con esa grabación no se está vulnerando el secreto de las comunicaciones, ya que este secreto sólo resulta lesionado cuando tiene como sujeto activo a una tercera persona ajena a los que intervienen en la conversación, mientras que no puede ser vulnerado por ninguno de los interlocutores, ya que para ellos la conversación no es ajena ni secreta, sino propia.

Y, en segundo lugar, tampoco estamos aquí ante una vulneración de la intimidad de otra persona, que se protege como tal intimidad, aunque no se haya accedido a su conocimiento mediante la interceptación de un tercero, sino directamente de la persona que está revelando detalles íntimos particulares, intimidad que resultaría lesionada si, por ejemplo, el interlocutor graba y difunde aspectos de la vida de su otro interlocutor que afectan a

su sexualidad o a las enfermedades que padece o a sus relaciones familiares con su esposa o hijos. Que la manifestación de que se ha cometido o se va a cometer un delito no tiene nada que ver con esa intimidad se deduce, sin más, de que –al contrario que en la intimidad, donde existe un deber de reserva de difundir lo averiguado por uno de los interlocutores– en lo que se refiere a las actividades delictivas presentes o futuras existe todo lo contrario: un deber de no-reserva, es decir: una obligación de denunciar tales hechos a las autoridades –según el CP español, debería estar fuera de discusión, ya que, como ha establecido el TC, el en los casos de no-denuncia de delitos graves, bajo amenaza penal si no se cumple con esa obligación de denunciar⁴.

⁴ Para una crítica más amplia de las tesis de Muñoz Conde mantenidas en sus dos Dictámenes, cfr. Gimbernat, ADPCP 2006, pp. 653-667. Muñoz Conde mientras que, por una parte, presume («consejos vendo que para mí no tengo») de que «es esta coherencia y fidelidad a mis ideas lo único que, quizás, después de tantos años puedo mostrar con orgullo frente a las que ya las han olvidado, probablemente porque nunca creyeron de verdad en ellas y sólo las utilizaron para medrar y situarse, muy bien por cierto, al lado de los poderosos, los corruptos o los facinerosos» (Muñoz Conde, Introducción al Derecho penal [reimpresión], 2003, p. 17), por otra, y tal como revelan esos dos Dictámenes suyos, cuya existencia se ha llegado a conocer de manera casual, cuenta entre sus clientes a corruptos y corruptores empresarios multimillonarios; y todo ello, prescindiendo de que, si se hubiesen seguido sus tesis sobre la prueba ilícita, los llamados «vladivideos» tampoco podrían haber sido utilizados –tal como sí hicieron los tribunales peruanos– como prueba de cargo fundamental en los numerosos procedimientos penales seguidos contra Fujimori y Montesinos, autores de los crímenes más graves que conoce no sólo cualquier Código penal, sino también el Derecho penal internacional. Afortunadamente, los tribunales peruanos rechazaron las tesis de Muñoz Conde, que se apoyaban en una tergiversación de la jurisprudencia española de los Tribunales Constitucional y Supremo, a los que Muñoz Conde hacía decir todo lo contrario de lo que esos

Tribunales habían establecido, y acogieron, por el contrario, una doctrina en todo coincidente con la que yo sostenía en mi Informe para la Fiscalía peruana.

Dentro de esta conexión, fue determinante el Acuerdo Séptimo del «Tema 3: La prueba ilícita y la prueba prohibida» de los «Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal [de la República del Perú]», de 10 de diciembre y de 11 de diciembre de 2004, en el que se establece lo siguiente: «Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga el juez. Se admite validez de la cámara oculta cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada. Con esta teoría se otorga valor a las pruebas obtenidas por particulares a través de cámaras ocultas». Esta doctrina sobre la validez de las pruebas consistentes en grabaciones obtenidas por uno de los interlocutores es, naturalmente, la que siguen de manera unánime los tribunales peruanos: v., por todas, la Resolución No 4, de 18 de julio de 2012, recaída en incidente 00182-2011-3-1826-JR-PE-02, de la Corte Superior de Justicia de Lima. Sala Penal de Apelaciones, en la que, sobre la base de «que la conversación habida entre el imputado Herald Andrés Gamarra Churra con el imputado Miguel Santiago Ñope Fernández, presuntamente grabada por Gamarra Churra y entregada al Ministerio Público por él mismo, no puede considerarse prueba prohibida o ilícita y, por ende, no puede ser amparado el pedido de exclusión del referido material probatorio», la Corte «Resuelve: Confirmar la resolución apelada, que declara infundado el pedido de tutela solicitado por el mencionado imputado, respecto al medio probatorio correspondiente a un CD que el Ministerio Público ha incorporado como dato de investigación al proceso».

De acuerdo con lo que se acaba de exponer, en un artículo aparecido en el diario limeño «La República», de 22 de septiembre de 2015, se resume de la siguiente manera la trascendencia que la validez de tales grabaciones ha tenido para fundamentar las condenas de Fujimori y Montesinos: «Finalmente, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en su momento validaron los "vladivideos", decisiones que permitieron castigar un conjunto de graves delitos en el marco del Gobierno de Fujimori y Montesinos, entre los años 1992 y 2000».

Yo nunca persigo honores, ni me presento a premio alguno, porque, cuando gané mi cátedra, en 1970, decidí que esa era la última vez que me presentaba a una competición, ya que en toda competición existe la posibilidad, nunca descartable, de perderla. Bastantes decepciones y sinsabores no buscados tiene uno que sufrir en la vida extra académica, como para tener que buscar otros más que se pueden evitar fácilmente si uno, simplemente, renuncia a competir.

Pero cuando me llega un honor como este que hoy me otorga la Universidad de Huánuco de forma sorpresiva y generosa –sin ninguna clase de información previa, la primera noticia de que se me había concedido fue en una carta que me dirigió, el 24 de abril del presente año, el Rector, Dr. José Beraún Barrantes– me siento enormemente feliz.

Del torero Juan Belmonte se dijo que *no toreaba por la fama ni por la popularidad, ni siquiera por el dinero, sino que toreaba porque le salía de muy adentro, porque no lo podía remediar*. No conozco mejor definición de la vocación: es esa fuerza interior que explica por qué, a pesar de que apenas tiene compensaciones económicas, me he pasado la vida –en mi juventud, en mi madurez y ahora, en mis últimos años– estudiando, leyendo y publicando Derecho penal. Después de mi vida familiar, lo que me procura una mayor felicidad es mi actividad científica. Y también la docente, ya que, como catedrático emérito, continúo dando clases a los alumnos en mi Universidad Complutense; ciertamente que, ya desde hace algunos años sin remuneración alguna, pero es que yo pagaría por seguir impartiendo la docencia.

Nunca he dejado de tener contacto con la práctica, elaborando dictámenes y en ocasiones, aunque *cum grano salis*, en pequeñas

dosis, ejerciendo como abogado ante los tribunales. No sólo –aunque también– porque *primum vivere deinde philosophari*, sino también porque, si no se conoce la práctica forense, difícilmente se puede enseñar e investigar, como es debido, el Derecho penal. Esta necesaria conexión entre la teoría y la práctica la aprendí ya –a finales de los años 50 y principio de los 60 del pasado siglo– durante mis estudios de Doctorado en Alemania y continué siendo consciente de esa necesidad a mi regreso a España en enero de 1963, donde tuve la suerte de tener como maestro al genial Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, al mismo tiempo catedrático de la Universidad Complutense y magistrado del TS.

No obstante ese imprescindible contacto con la práctica, la gran ventaja frente a ésta de la investigación científica es que, con esa investigación, se pretende dar solución a una generalidad de supuestos de hecho, con lo que si, como a menudo sucede en España, los tribunales atienden a lo que dice la doctrina científica, con un artículo o con una monografía se puede influir en las decisiones de la jurisprudencia sobre cómo resolver una pluralidad de casos, mientras que un escrito de acusación o de defensa o un recurso de casación –a pesar de que su elaboración puede haber costado tanto tiempo y esfuerzo como una publicación científica– quedan enterrados en los legajos de un procedimiento penal por un caso individual. Claro que ello no siempre es así, como lo pone de manifiesto precisamente lo que en la primera parte de mi disertación he expuesto sobre el secreto de las comunicaciones y sobre la intimidad, una materia de la que me ocupé a fondo por primera vez como el letrado que, junto al abogado Luis Jordana de Pozas, ejerció la acusación en nombre de Pedro J. Ramírez contra los autores de haber grabado y difundido su vídeo sexual y que ahora me ha servido ya para exponer, a nivel más abstracto

y general, cuándo una grabación puede servir de medio de prueba de cargo lícita –como en el caso Montesinos– y cuándo –como en el caso del periodista español– constituye un comportamiento delictivo.

Alguien dijo que todo arte es nacional, toda ciencia es internacional y toda tontería es nacionalista. No me considero un nacionalista –reconozco que España tiene casi tantos defectos como virtudes–, pero sí un patriota, es decir: una persona que ama a su país y que desea lo mejor para él, que se alegra con sus triunfos y se apena cuando se hunde en el ciénago de la mediocridad. Manuel Cancio pertenece –en un lugar preeminente y prominente– a una maravillosa generación de penalistas españoles que han situado a mi país, continuando la gran aportación de la generación anterior, en el segundo lugar –después de Alemania– de la dogmática jurídico penal mundial. Porque amo a España, me enorgullezco de que juristas como Manuel CANCIO, con su apabullante obra científica, esté contribuyendo de manera tan decisiva al reconocimiento internacional de la ciencia penal española. Al inmenso honor de recibir este Doctorado honoris causa quiero añadir en el día de hoy otro más: el de compartirlo con un penalista español que ha contribuido, como pocos, a extender por el ancho mundo el prestigio de nuestra ciencia.

Uno ha dedicado incontables horas a investigar en la soledad de su despacho y a enseñar a decenas de miles de alumnos, tanto a principiantes como a otros que eran ya profesionales experimentados. Este Doctorado honoris causa que viene de tierras tan lejanas a la mía significa para mí un estímulo para seguir investigando y enseñando y el reconocimiento de que hasta ahora, tal vez, no lo he hecho del todo mal. Muchas gracias a la Universidad de Huánuco y a su rector, Dr. Beraún Barrantes,

por este tan alto honor y a todos ustedes por la atención que me han prestado.