

Revista de Revistas

REVISTA PENAL

13 (enero 2004); 14 (julio 2004)

«Vivimos en una sociedad demasiado permisiva. La pornografía nunca se había exhibido con tanto impudor ¡Y encima las imágenes están desenfocadas!»

(WOODY ALLEN)

MUÑOZ CONDE, Francisco: «Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante vídeos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos», 13 (enero de 2004), pp. 105-124.

MUÑOZ CONDE, Francisco: «Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal», 14 (julio de 2004), pp. 96-123.

I

1. Con el título «Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa» publiqué un artículo en *ADPCP* 2001, pp. 5-26, en el que figuraba una adenda en la que, en los siguientes términos, hacía referencia (pp. 21-22, cursivas en el texto original) a dos dictámenes emitidos por Muñoz Conde: «En el mismo libro [Muñoz Conde, “Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo”] Muñoz Conde critica a quienes “se han convertido en penalistas a sueldo de narcotraficantes y delincuentes de cuello blanco”, porque, de esa manera, “pusieron sus ideas... por dinero, al servicio del mejor postor” (1). Nadie puede negarle a Muñoz Conde el derecho a descalificarse a sí mismo. Y es que, en efecto, Muñoz Conde va por el mundo emitiendo informes a favor de “delincuentes de cuello blanco”

(1) Análogamente se expresa Muñoz Conde en el prólogo a la reimpresión de *Introducción al Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2003, p. 17: «Y es esta coherencia y fidelidad a unas ideas lo único que, quizás, después de tantos años puedo [Muñoz Conde se refiere a sí mismo] mostrar con orgullo frente a los 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».

en los que sostiene que las pruebas *fundamentales*, y casi siempre, *únicas*, que existen contra el antiguo asesor del ex presidente de Perú Fujimori, Vladimiro Montesinos –actualmente en prisión en ese país latinoamericano acusado de los “delitos de enriquecimiento ilícito, narcotráfico, tráfico de armas, corrupción de funcionarios, espionaje telefónico, homicidio, tráfico de niños y violación de derechos humanos, entre otros” (*El País*, 9 de mayo de 2002, p. 43)–, a saber: las cintas de audio y vídeo contenidas en veinte maletas encontradas en el domicilio de Montesinos, cintas en las que éste grabó, en las instalaciones del Servicio de Inteligencia peruano, las conversaciones que acreditan su autoría en los crímenes que se le imputan, no podrían ser utilizadas, siempre según Muñoz Conde, como prueba de cargo contra Montesinos».

2. Con esas frases me estaba refiriendo a dos dictámenes suscritos por Muñoz Conde a favor de Andrónico Lukcic Craig, y dos altos ejecutivos de su multinacional chilena, «Quiñenco», con negocios bancarios, mineros, de fabricación de plásticos, hoteleros y alimentarios, entre otros, en numerosos países. El cliente de Muñoz Conde, Andrónico Lukcic Craig, posee, tal como informa la revista «Forbes», una de las mayores fortunas del mundo (según la agencia IPI, se le considera el «dueño de medio Chile»).

3. «Lucchetti Perú, S. A.», filial de «Quiñenco», inició en 1996 la construcción de una fábrica de pastas en Chorrillos, un paupérrimo barrio de Lima, obteniendo el permiso de edificación gracias a sus poderosas influencias cerca del gobierno de Fujimori, y especialmente a que la empresa constructora de la planta industrial era propiedad de Jorge Camet, entonces ministro de Economía de Alberto Fujimori.

La fábrica de pastas iba a construirse en ese suburbio frente al humedal «Los Pantanos de Villa», un área silvestre protegida por, entre otras, la Convención sobre Humedales, firmada en Ramsar (Irán), en 1971, y ratificada por 154 países (2). Este brutal atentado contra el medio ambiente, dirigido

(2) En la página web oficial de dicha Convención se dice lo siguiente sobre el referido humedal: «Los Pantanos de Villa sustentan su existencia, entre otros aspectos, por constituirse como un importante paradero de aves migratorias, dentro de una red de “islas” a lo largo del continente americano. Es bien conocido que esta red de “islas” en la costa peruana es de gran importancia durante la migración de las aves como “estaciones de servicios” ofreciendo refugio y alimento durante largos viajes y estadias. La conservación de estos refugios como eslabones de una cadena en la franja costera del Pacífico, es de suma importancia, al ser éstos muy restringidos, pues implica que las aves desplazadas por la destrucción o degradación de sus hábitats tendrán muy pocas oportunidades de sobrevivir porque se verán obligadas a ir a otros, que son o ya han sido usados por otras aves. Haciendo un pequeño recuento, el Refugio de Vida Silvestre de Los Pantanos de Villa, en sus 263.27 hectáreas, ha registrado la presencia de 209 especies de aves entre residentes y migratorias, 48 de plantas superiores, 128 especies de protozoarios, 125 especies de algas, 13 especies de turbelarios, 41 especies de insectos, 18 de arácnidos y 13 especies de peces».

contra el único lugar silvestre de la capital peruana, provocó un levantamiento popular y las protestas de numerosas organizaciones ecologistas, lo que, finalmente, decidió a la municipalidad de Lima a prohibir la construcción de la fábrica.

Ante esta prohibición de la municipalidad de Lima los clientes de Muñoz Conde deciden emprender dos clases de acciones: en primer lugar, acudir a los tribunales peruanos para obtener la revocación de esa prohibición y, en segundo lugar, entrevistarse con Vladimiro Montesinos para que éste, influyendo en y sobornando a los jueces que iban a entender del asunto, dictasen sentencias favorables a los intereses de dichos clientes, abonando Andrónico Lukcic Craig al antiguo asesor del ex presidente de Perú, Fujimori, por esa mediación una cantidad que ascendió, al parecer, a dos millones de dólares.

Como Montesinos grababa en cintas de audio y de vídeo todas las conversaciones que mantenía en las instalaciones del Servicio de Inteligencia peruano, entre ellas han aparecido también las de las reuniones que mantuvo con los clientes de Muñoz Conde. Éstos se dirigen a Montesinos en los siguientes términos: «Porque hemos llegado a un límite en que no aceptamos más. Y si hay que gastar millones, los vamos a gastar. Yo lo único que quiero... [es] una guerra corta, sangrienta y decisiva [contra el acuerdo de la municipalidad de Lima] como se ganan las batallas... Por eso cuando uno tiene el poder tiene que ejercerlo sin asco», a lo que Montesinos responde: «Hasta el final».

Como consecuencia de esas conversaciones, y todos ellos sobornados por Montesinos, tres jueces de instancia revocaron en tres procedimientos distintos la resolución de la corporación municipal de Lima, siendo confirmadas esas revocaciones, en apelación, por tres tribunales colegiados (3), de tal manera que en 1998 fue culminada la construcción de la fábrica de pastas de la multinacional chilena, entrando en funcionamiento ese mismo año. Finalmente, después de la caída de Fujimori y de la detención y procesamiento de Montesinos, la fábrica fue definitivamente clausurada en 2003.

4. A instancias del magnate Andrónico Lukcic Craig, y a cambio de una «muy sustanciosa minuta» (según la agencia IPI, «se pagaron fortunas a abogados peruanos para que defiendan lo indefendible»), Muñoz Conde elaboró para aquél dos dictámenes: el primero (dictamen 1), suscrito en Sevilla el 16 de mayo de 2001, y reproducido por el mismo Muñoz Conde en *RP* 13 (enero de 2004), pp. 106-116, y el segundo (dictamen 2), emitido en la misma ciudad andaluza el 30 de mayo de 2001, y que obra también en mi

(3) En esas conversaciones grabadas Montesinos alardea de que él mismo (que antes de ocupar sus cargos políticos había ejercido de abogado) ha redactado o va a redactar las sentencias favorables a los clientes de Muñoz Conde: «El otro día», afirma Montesinos, «fui donde el Juez [de instancia] y le puse exactamente lo justo y necesario más la fecha de aplicación del artículo»; «Yo voy a hacer la resolución [de la sala de apelación] aquí».

poder, por haberme sido remitido, junto con el primero, por la «Procuraduría Pública *Ad Hoc* del Estado [Peruano]. Casos Fujimori-Montesinos».

De ambos dictámenes se deduce que Muñoz Conde mantiene un criterio muy distinto al que expresa en sus publicaciones sobre «los poderosos, los corruptos o los facinerosos», y sobre sus asesores jurídicos (cfr. *supra* nota 1), cuando aquéllos se han convertido en clientes suyos, ya que en tal caso de lo que se trata, ante todo, es de «dejar a salvo su *honorabilidad y correcta actuación* [de esos clientes]», (Muñoz Conde, dictamen 1, p. 21 = *RP* 13 [enero de 2004], p. 114, cursivas añadidas). Y así, a pesar de que el plutócrata chileno, para enriquecerse ilegalmente, primero trató de aniquilar el medio ambiente de uno de los barrios más humildes de Lima –lo que inicialmente fue prohibido por esa municipalidad–, y que, después, sobornó a Montesinos y, a través de éste, a diversos magistrados peruanos, para que dictaran sentencias prevaricadoras que revocaron la prohibición, consiguiendo Andrónico Lukcic Craig, finalmente, su propósito aniquilador, no obstante Muñoz Conde presenta a su poderoso cliente como un alma cándida digna de despertar los más nobles sentimientos de lástima y de compasión, escribiendo Muñoz Conde sobre aquél, en su dictamen 2, lo siguiente:

«[El cliente de Muñoz Conde] no es más que... [una] víctima de un sistema generalizado de corrupción, en el que frecuentemente hay que acudir a este tipo de personajes [como Montesinos] *para conseguir el reconocimiento de derechos, por lo demás perfectamente legítimos, que, sin embargo, no son siempre obtenibles por los cauces jurídicos normales*» (Muñoz Conde, dictamen 2, p. 7, cursivas añadidas).

«En todo caso, el particular interesado en la influencia [el cliente de Muñoz Conde] *se encontraría siempre en una especie de estado de necesidad (cuando no de clara coacción)*, al no ver otra salida para su problema que acudir a la persona que, dada su reconocida influencia en los más altos sectores del poder, puede resolverlo usando de su influencia» (Muñoz Conde, dictamen 2, p. 8, cursivas añadidas).

«Uno se puede imaginar que debe ser bastante impresionante para un particular, más si es extranjero o representante de una empresa extranjera, entrevistarse en dicho sitio con una persona que, en ese momento, todo el mundo sabe que es una de las más influyentes del país. *El nivel de desesperación y miedo que deben tener los representantes de Lucchetti, al ver como el costoso proyecto de inversión se les puede venir abajo, debe de ser grande*» (Muñoz Conde, dictamen 2, pp. 8/9, cursivas añadidas).

«Sabiendo de esa mala relación entre Gobierno y Municipalidad de Lima, *parece, pues, lógico* que los representantes de Lucchetti quisieran utilizarla en su beneficio» (Muñoz Conde, dictamen 2, p. 9, cursivas añadidas).

«... en todo caso, *sería verdaderamente injusto* que la sanción penal recaiga también sobre el particular que *para resolver sus problemas con la Administración se ve obligado a recurrir a esas personas influyentes*» (Muñoz Conde, dictamen 2, p. 10, cursivas añadidas).

5. Total, que mientras que, por una parte, Muñoz Conde públicamente se rasga las vestiduras y arremete contra los juristas que defienden, «al servicio del mejor postor», a «los poderosos, los corruptos o los facinerosos»,

resulta, por otra, que es a esa actividad –a la de defender a esos magnates corruptos y facinerosos a cambio de «muy sustanciosas minutas»– a la que precisamente se dedica Muñoz Conde cuando piensa que nadie le ve.

II

1. En sus dictámenes, Muñoz Conde defiende, *apoyándose fundamentalmente en unas supuestas doctrinas emanadas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles*, tres tesis:

En primer lugar, que las grabaciones por parte de Montesinos de las conversaciones que mantuvo con múltiples interlocutores en las instalaciones del Servicio de Inteligencia peruano, ignorando dichos interlocutores que se estaban registrando sus imágenes y sus voces, constituyeron delitos contra el secreto de las comunicaciones y contra la intimidad (4).

En segundo lugar, que esas grabaciones, al vulnerar derechos fundamentales y tener un origen delictivo, no se podían utilizar como prueba de cargo en ningún procedimiento penal (5).

Y, finalmente, y parece que subsidiariamente, que la grabación sin el consentimiento del grabado sólo sería admisible como material probatorio si quien la efectúa está siendo víctima de un delito, actuando así en una situación de estado de necesidad o de miedo insuperable, lo que no era el caso en el presente supuesto, ya que Montesinos registró las conversaciones libre de cualquier clase de coacción (6).

(4) Cfr. Muñoz Conde, dictamen 1, pp. 7-8 [= *RP* 13 (enero de 2004), p. 108]. V. también el mismo, dictamen 1, p. 14 [= *RP* 13 (enero de 2004), p. 111]: «Y, finalmente, la cuestión que nos ocupa en este epígrafe, ¿pueden ahora esas grabaciones originadas en un hecho delictivo utilizarse como prueba válida en el proceso penal que el Ministerio Público quiere entablar por un presunto delito de corrupción o tráfico de influencias?. Parece claro que a esta última cuestión hay que responder de un modo negativo, pues, como ya tiene establecida la jurisprudencia de prácticamente todos los países civilizados, la prueba ilícita o delictivamente obtenida, violentando derechos fundamentales, es, según se dice en la jurisprudencia norteamericana, “fruit of poisons tree”, “fruto del árbol envenenado”, que está, por tanto, envenenada también y no se puede, por tanto, valorar, ni basar en ella una incriminación penal; tanto más cuanto ésta es la única prueba y no existen ni se han practicado otras que pudieran tener la validez de la que carecen los vídeos en cuestión». Por lo demás, Muñoz Conde estima reiteradamente que la conducta de Montesinos, al grabar a sus interlocutores, sin el conocimiento ni el consentimiento de éstos, constituye un delito contra la intimidad (cfr. sólo dictamen 1, pp. 9 y 18 [= *RP* 13 (enero de 2004), pp. 108 y 112, respectivamente]. V., finalmente, Muñoz Conde, *RP* 14 (julio de 2004), pp. 109, 111 y 112.

(5) Cfr. Muñoz Conde, dictamen 1, pp. 13 ss. [= *RP* 13 (enero de 2004), pp. 110-111], apoyando su tesis en la jurisprudencia española.

(6) V. Muñoz Conde, dictamen 1, p. 13 [= *RP* 13 (enero de 2004), p. 110], apoyando su tesis en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1995.

2. Los dictámenes elaborados por Muñoz Conde a favor de sus archimillonarios clientes hacen saltar todas las alarmas en la fiscalía especial creada por el Estado peruano para perseguir los crímenes de Fujimori y de Montesinos –y no tanto por las opiniones que, a título particular, formulaba Muñoz Conde, sino porque hacía pasar éstas como doctrinas que supuestamente tenían el respaldo de la *auctoritas* del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo de España–, ya que, de prosperar las presuntas tesis que Muñoz Conde atribuye a la jurisprudencia española, aquella Fiscalía se vería privada de utilizar contra Vladimiro Montesinos los numerosos y popularmente llamados «vladivideos» que, como pruebas esenciales, y a veces únicas, obran en las más de setenta causas penales que se siguen contra este traficante de drogas, traficante de armas, traficante de niños, homicida, corruptor de funcionarios, espía telefónico, violador de derechos humanos y malversador. De ahí que dicha fiscalía especial se ponga en contacto conmigo, me remita los dos dictámenes de Muñoz Conde y me solicite que, rebatiéndolos, si ello fuera posible, emita un informe, si bien me hace saber que la Fiscalía no dispone de fondos para abonarme por mi trabajo, ni de lejos, la cantidad a la que ascendió la «muy sustanciosa minuta» que Muñoz Conde había percibido de los magnates chilenos.

Teniendo en cuenta la importancia política del asunto que se me quiere encomendar y, además, que en sus dictámenes Muñoz Conde, para fundamentar sus tesis, se apoya fundamentalmente en una jurisprudencia española que, sin embargo, *ha establecido exactamente todo lo contrario de lo que Muñoz Conde le hace decir* –la Fiscalía y los tribunales peruanos hasta entonces, y naturalmente, sólo tenían como fuente de conocimiento de esa jurisprudencia la errónea información que les había suministrado Muñoz Conde–, acepto el encargo del Ministerio Público peruano renunciando a percibir honorario alguno por mi labor. (Como «Apéndice» a la presente «Revista de Revistas» reproduzco la carta que en su día me dirigió la «Procuraduría *Ad Hoc* del Estado [Peruano]. Casos Fujimori-Montesinos», acusando recibo de mi contradictamen).

3. Muñoz Conde puede sustentar en sus dictámenes las tesis –correctas, discutibles o disparatadas– que le parezcan oportunas, porque, en efecto, en Derecho –aunque siempre con una determinada graduación– casi todo es discutible. Pero lo que no puede –ni debe– es hacer creer que lo que dice él tiene su apoyo en la jurisprudencia española cuando sucede que lo que ésta ha establecido es justamente todo lo contrario. Naturalmente que también las doctrinas de nuestros tribunales pueden ser más o menos opinables. Pero lo que no es opinable es lo que *realmente* constituye la posición del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el valor probatorio de las grabaciones que un particular hace de otro particular sin el conocimiento de éste, porque qué es lo que han dicho esos tribunales constituye un no-discutible *hecho*, y en este caso ese *hecho* es que, de acuerdo con la unánime doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, registrar subrepticamente la imagen y/o el sonido de un interlocutor, en primer lugar, no integra delito alguno y que, por consiguiente, y, en segundo lugar, esas graba-

ciones pueden utilizarse como prueba de cargo contra ese interlocutor –o contra ambos interlocutores– en el caso de que acrediten la comisión de un hecho punible.

En *ADPCP* 2001, pp. 23-25, he demostrado, con *abundantísimas referencias jurisprudenciales*, este hecho de cuál es el contenido de la jurisprudencia constitucional española sobre este extremo, doctrina que arranca de la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre («Como conclusión, pues, 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 artículo 18.3 de la Constitución; *por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre en conducta contraria al precepto constitucional citado*», (cursivas añadidas), y que ha sido ratificada, *sin excepción alguna*, en todas las ulteriores sentencias en las que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión (7).

También he acreditado en el referido lugar, *e igualmente con abundantísimas referencias jurisprudenciales* (8), que, sobre la base de esa doctrina del Tribunal Constitucional, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, *y en una jurisprudencia igualmente unánime, ha admitido como prueba lícitamente obtenida, la grabación fonográfica y/o videográfica que un interlocutor hace de quien se dirige a él*, no teniendo inconveniente alguno en admitirla como material probatorio de cargo en procedimientos por los más diversos delitos (9).

4. La ulterior tesis de Muñoz Conde –que, al parecer, establece subsidiariamente– de que, como mucho, la grabación sin el consentimiento del grabado sólo sería admisible como material probatorio si quien la efectúa está siendo víctima de un delito, actuando así en una situación de estado de necesidad o de miedo insuperable, y que Muñoz Conde respalda igualmente

(7) Referencias jurisprudenciales en GIMBERNAT, *ADPCP* 2001, p. 23. De entre las posteriores sentencias en las que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el mismo sentido, cfr. sólo la 281/2006, de 9 de octubre: «El derecho al secreto de las comunicaciones protege a los comunicantes frente a cualquier forma de interceptación o captación del proceso de comunicación *por terceros ajenos*» (cursivas añadidas).

(8) Cfr. GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 23-25

(9) Entre las numerosas sentencias dictadas con posterioridad a mi artículo publicado en *ADPCP* 2001 en las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el mismo sentido, cfr. sólo la de 25 de mayo de 2004, A. 4093 [del *Repertorio Aranzadi* de 2005]: «Las cintas grabadas no infringieron ningún derecho, en particular el 18-3 CE, como muy bien reflejó el órgano jurisdiccional de instancia, *debiendo distinguir entre grabar una conversación de otros y grabar una conversación con otros. No constituye violación de ningún secreto la grabación de un mensaje emitido por otro cuando uno de los comunicantes quiere que se perpetúe*» (cursivas añadidas).

en la jurisprudencia española (10), constituye, de nuevo, y en realidad, una afirmación que está en contradicción con el *hecho* de que lo que han dicho nuestros tribunales es *precisamente todo lo contrario*. Teniendo en cuenta que la grabación que un interlocutor hace subrepticamente de otro no supone vulneración alguna del secreto de las comunicaciones, tal como ha establecido reiteradamente tanto el Tribunal Constitucional (cfr., por todas, la Sentencia 56/2003, de 24 de marzo, cursivas añadidas: «no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, *ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 CE la retención, por cualquier medio del contenido del mensaje*») como el Tribunal Supremo (cfr., por todas, la sentencia de 6 de julio de 2000, A. 5672, donde se reitera que no cabe apreciar que «la grabación de una conversación por un interlocutor privado implique la violación de un derecho constitucional, que determine la prohibición de la valoración de la prueba así obtenida») (11), cualquiera, sea o no víctima de un delito, actúe o no bajo un estado de necesidad o un miedo insuperable, puede registrar lo que le dice su comunicante, porque, como esa conducta es plenamente conforme a Derecho, es elemental que lo que no es típico no requiere de ninguna circunstancia eximente que justifique o exculpe una inexistente responsabilidad criminal.

Hasta tal punto ello es así, hasta tal punto la grabación subrepticia que hace un interlocutor de otro no requiere que éste esté siendo víctima de un delito ni que, por consiguiente, actúe amparado por eximente alguna, para que, así, quede exento de responsabilidad penal por un en realidad inexistente delito contra el secreto de las comunicaciones, que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, no sólo son legítimas dichas grabaciones independientemente de si lo que se comunica acredita o no la existencia de un delito, sino incluso cuando lo expresado ni siquiera pone de manifiesto un ilícito penal, sino un mero ilícito laboral, tal como reconoció el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 144/1984, de 29 de noviembre, en el que en un procedimiento tan alejado –por la incomparablemente menor entidad del objeto que se debate– del penal, como lo es uno *por despido procedente ante una magistratura de trabajo*, se admitió como prueba la grabación subrepticia por parte de la empresa de una conversación con el empleado despedido que acreditaba la deslealtad y mala fe de éste.

5. Finalmente, para fundamentar por qué las grabaciones realizadas por Montesinos no pueden utilizarse en ningún proceso como material probatorio, Muñoz Conde alude al caso del director del diario *El Mundo*, Pedro J. Ramírez, cuya imagen y sonido fueron grabados sin su consentimiento en un encuentro sexual, pero con el conocimiento y con la ayuda de la mujer

(10) Cfr. *supra* n. 6.

(11) V. además, y en el mismo sentido, y entre las innumerables, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2004, citada *supra* nota 10.

con quien lo compartió, quien posteriormente distribuyó entre numerosas personas el vídeo sexual, argumentando Muñoz Conde que si esa conducta constituye un delito –como está fuera de discusión– también tienen que serlo los llamados «vladvídeos» (12).

Al argumentar de esa manera Muñoz Conde está confundiendo simplemente churras con merinas: está confundiendo el «derecho a la intimidad» (art. 18.1 CE), con otro distinto: el «derecho al secreto de las comunicaciones», garantizado por la Constitución *diferenciadamente* en otro apartado del texto: en el artículo 18.3 (13), y ello a pesar de que esa diferenciación viene establecida nada menos que por la Constitución Española, y que ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia, como no podía ser de otra manera, desde la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984.

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo distinguiendo, de manera inequívoca, entre el derecho al secreto de las comunicaciones –que es el que el demandante estima vulnerado por la sentencia de la Magistratura– y el derecho a la intimidad.

Por lo que se refiere al primero, el Tribunal Constitucional mantiene que la grabación de la conversación del empleado *no ha sido obtenida ilícitamente, con violación del secreto de las comunicaciones*, porque, frente al interlocutor que registró lo hablado, el otro interlocutor no mantenía secreto alguno, ya que una conversación sólo es reservada para los terceros ajenos a ella, pero no, obviamente, para los interlocutores entre sí. Por ello, el Tribunal Constitucional establece en dicha sentencia lo siguiente: «Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del *secreto* de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba éste».

El derecho al *secreto* de las comunicaciones es uno de carácter *formal*, que se vulnera con su interceptación por parte de *terceros ajenos, independientemente de si el contenido de la comunicación tiene o no carácter íntimo*. Pero como tanto el artículo 18.1 CE, como las legislaciones civil y penal que imponen sanciones a las violaciones de los derechos fundamentales allí garantizados, no se refieren al «secreto» –como en las comunicaciones– de la intimidad, sino a la *intimidad sin más*, de ahí que, según el Tribunal Constitucional, si aquella grabación hubiera lesionado la intimidad del interlocutor, es decir: si en ella se hubieran registrado aspectos de la vida íntima del empleado –por ejemplo, de su vida sexual, de las enfermedades

(12) Cfr. Muñoz Conde, dictamen 1 [= RP 13 (enero de 2004), p. 108]. En el mismo sentido, y apoyándose en la Sentencia de 31 de julio de 2002 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se condenó, tanto a la mujer con cuya ayuda se grabó el vídeo de su encuentro sexual con Ramírez, como a quienes colaboraron en su filmación y distribución, Muñoz Conde, RP 14 (julio de 2004), pp. 112/113.

(13) Muñoz Conde (referencias supra nota 4) no distingue entre ambos derechos fundamentales, refiriéndose indistinta y equiparadamente al derecho a la intimidad y al derecho al secreto de las comunicaciones.

que padecía, o de sus relaciones familiares con su esposa o con sus hijos—, entonces la grabación realizada por el interlocutor de aquél debería haberse reputado ilícita, y no habría podido ser revelada ni divulgada, porque el derecho a tener «un ámbito propio y reservado» (14) no decae porque se le haya comunicado a otra persona. Que esta es la postura inequívoca del Tribunal Constitucional se deduce de los pasajes de la sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, que reproduzco a continuación (subrayados añadidos):

– «Ocurre, en efecto, que el concepto de “secreto” en el artículo 18.3 tiene un carácter “formal”, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es “secreto” en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del “secreto” no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el artículo 18.3 de la Constitución, un posible “deber de reserva” que —de existir— tendría un contenido estrictamente material, en razón de cuál fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría así del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de la norma fundamental).

Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera “íntima” del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución».

– «Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado, si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex artículo 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex artículo 18.1, garantía ésta que, a contrario, no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo)».

– «En la conversación telefónica grabada por el interlocutor del hoy recurrente de amparo no hubo, por razón de su contenido, nada que pudiera

(14) V., por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000, de 5 de mayo: «... el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 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), frente a la acción y al conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares».

entenderse como concerniente a su “vida íntima” (art. 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982) o a su “intimidad personal” (art. 18.1 de la CE) de tal forma que falta el supuesto normativo para poder configurar como grabación ilegítima la obtenida de la conversación que aquí se considera».

De lo expuesto se sigue, generalizando la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 114/1984, y que ha sido continuada y desarrollada en, entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 127/1996, de 9 de julio, y 70/2002, de 3 de abril, que cuando se graba el sonido y/o la imagen de un interlocutor hay que distinguir dos bienes jurídicos: el del secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y el de la intimidad (art. 18.1 CE).

Si lo grabado no afecta a la intimidad del interlocutor, entonces la conducta del otro interlocutor que registra la imagen y/o el sonido no es antijurídica, porque lo que el artículo 18.3 CE protege no es la comunicación sin más, sino la comunicación «secreta [para terceros ajenos a la comunicación]», por lo que, frente a ese interlocutor que recibe aquella comunicación, no hay reserva alguna que aquél pueda vulnerar con su grabación, y, si no hay secreto, entonces tampoco puede lesionar un bien jurídico que consiste precisamente en el «secreto de las comunicaciones».

En cambio, *en la medida en que en la comunicación puedan contenerse aspectos de la vida íntima personal o familiar del otro interlocutor, si esos aspectos se revelan o difunden ulteriormente, la conducta sería antijurídica, porque el artículo 18.1 CE protege la «intimidad» como tal, y ésta sólo puede ser transmitida a otras personas «cuando el titular del derecho [a la intimidad] hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso» (art. 2.2 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen)*, por lo que en esos casos en los que lo grabado por uno de los interlocutores afectara a la vida íntima del otro, existiría, en palabras de la STC 114/1984, «un deber de reserva..., deber que derivaría aquí del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de la norma fundamental», ya que «en el caso de que lo así transmitido entrase en la esfera “íntima” del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución».

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de diciembre de 2004, A. 7917, que confirma la condenatoria de la Audiencia Provincial de Madrid en el caso del vídeo sexual de Pedro J. Ramírez, y donde se vuelve a diferenciar lo que Muñoz Conde no diferencia: entre el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), condenándose a los acusados no por haber vulnerado el primero (es decir: no porque un interlocutor hubiera registrado una manifestación no-íntima de Ramírez), sino por haber lesionado el segundo (es decir: porque lo que se grabó pertenecía al núcleo duro de la intimidad –a la sexualidad– de la víctima).

Y así, y en este sentido, puede leerse en la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2004 lo siguiente (cursivas añadidas):

«El primer argumento de la recurrente consiste en sostener que en los casos de intimidad compartida no existe vulneración del derecho a la intimidad por cuanto una de las partes puede disponer libremente de ella y la otra está sujeta a esa decisión en la medida que acepta compartir su intimidad con la primera. Este argumento es erróneo, como también han señalado las sentencias citadas en casos referidos a la intimidad familiar, por cuanto lo que se comparte es una actividad personal desarrollada reservadamente, en el presente caso de carácter sexual, pero no propiamente la intimidad de la otra parte puesto que ésta corresponde exclusivamente a cada uno de los partícipes y no es susceptible de ser compartida *porque es un derecho personalísimo*. Como señala la STC 70/02 es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE, 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”, con citas de las SSTC precedentes, y ello sucede cuando se trata de actos, por mucho que se compartan, comprendidos en la protección constitucional de la intimidad, como es el caso. Se arguye 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 el artículo 18, en sus apartados 1º y 3º, CE, puesto que el objeto de la protección en el primero [recte: 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 1º lo que garantiza es la intimidad personal *per se*. La sentencia del Tribunal Constitucional 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 artículo 18.1 CE, con el alcance tipificado en el artículo 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.*»

Mantener, como hace Muñoz Conde, que, si la grabación de un acto sexual con el consentimiento de uno de los partícipes en él y sin el consentimiento del otro, es delito, como sin duda lo es, entonces también tendría que serlo la que un interlocutor hace de otro sobre conversaciones no íntimas, constituye una tesis que, aunque Muñoz Conde mantenga lo contrario, *está en contradicción con nuestra Constitución y con lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*. La grabación del acto sexual integra un delito porque vulnera el «derecho a la intimidad» garantizado por el artículo 18.1 CE, que protege la intimidad sin más, y no el «secreto» a la intimidad, por lo que dicho acto no puede registrarse ni difundirse, por mucho que frente a su pareja la víctima haya puesto al descubierto su sexualidad, mientras que registrar el sonido y/o la imagen de una conversación no íntima, por parte de un interlocutor, es una conducta conforme a Derecho, porque lo que consagra el artículo 18.3 CE es el derecho al «secreto de las comunicaciones», y tal secreto no existe frente a ese interlocutor con quien se mantiene la conversación.

Por lo demás, y 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*, debería estar fuera de discusión, ya que el «derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 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)*» (15), 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 criminal contra la humanidad o 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 Tribunal Supremo: «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 artículo 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» (16).

6. De lo expuesto en este apartado II, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles, se sigue: que grabar la voz y/o la imagen de un interlocutor no integra delito alguno, sino una conducta lícita que no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones; que, porque esa grabación es conforme a Derecho, es absolutamente irrelevante que quien registra a su comunicante sea víctima de algún delito o actúe cubierto por las eximentes de estado de necesidad o de miedo insuperable, pudiendo grabarse la conversación con otros para utilizarla como prueba incluso en procedimientos tan alejados del penal como lo es uno de carácter laboral que tenga por objeto un despido procedente; que la grabación que una persona realiza del acto sexual que mantiene con otra –sin el conocimiento ni el consentimiento de ésta– constituye un delito, porque vulnera la intimidad (art. 18.1 CE) de su pareja, mientras que el registro de la voz y/o de la imagen de un interlocutor –igualmente sin el conocimiento y sin el consentimiento de éste– no vulnera el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) –«no constituye violación de ningún secreto la grabación de un mensaje emitido por otro cuando uno de los comunicantes quiere que se perpetúe»–, ni tampoco el derecho a la intimidad cuando uno o ambos interlocutores están exteriorizando sus propósitos delictivos o confirmando la comisión de hechos punibles pasados, ya que «la Constitución y el Derecho ordinario no podrían establecer un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por

(15) Así, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000, de 5 de mayo (cursivas añadidas).

(16) Así, literalmente, y entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1994, A. 3687; 17 de junio de 1999, A. 5653; y 27 de febrero de 2002, A. 3021.

el destinatario de la misma», sin que «se alcan[ce] a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos»; y que, naturalmente, y por todo ello, los vídeos grabados por Montesinos, y según la jurisprudencia española, pueden ser utilizados lícitamente como pruebas de cargo contra el mismo Montesinos y contra sus interlocutores-delincuentes.

Que esta es la posición de la jurisprudencia española –independientemente de si se está o no de acuerdo con ella– no es algo opinable, sino un hecho que no admite discusión posible. Porque Muñoz Conde argumentaba con una *inexistente* doctrina jurisprudencial española, bien porque no había leído la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles, bien porque la había leído y no la había entendido, bien porque, con mala fe, la quería utilizar como fundamento para invalidar las pruebas esenciales que existen contra Montesinos y contra los partícipes en sus crímenes, en cualquier caso sus dictámenes habían despertado toda clase de inquietudes en los fiscales encargados de perseguir los delitos cometidos por ese sujeto. Y no tanto por las particulares opiniones manifestadas por Muñoz Conde –a las que se les puede dar un valor mayor, menor o nulo, en función del mayor, menor o nulo reconocimiento que se le atribuya a este penalista español– como por el falso respaldo con el que fundamentaba sus tesis en la autoridad y en el prestigio de los que gozan en Latinoamérica el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de España, cuya doctrina jurisprudencial el Ministerio Público y los tribunales peruanos ni conocen ni tienen por qué conocer.

III

APÉNDICE

Carta de la Fiscalía especial peruana encargada de perseguir los crímenes de Fujimori y de Montesinos acusando recibo del informe elaborado por Enrique Gimbernat Ordeig en respuesta a los dictámenes emitidos por Francisco Muñoz Conde.

PROCURADURÍA PÚBLICA AD HOC DEL ESTADO**Casos Fujimori-Montesinos**

Resoluciones Supremas N° 240, 242-2000-JUS; 064, 133, 353, 355 y 356-2001-JUS; 016, 017, 018, 019, 020-2002, 276, 277 y 281-2002-JUS;

Resolución de la Presidencia del Consejo de Defensa Judicial del Estado

Núm. 004-2001-JUS/CDJE-P

Lima, 15 septiembre de 2003

Señor Profesor

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Presente.-

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted a fin de agradecerle el informe elaborado por usted sobre la viabilidad procesal de utilizar legítimamente, como prueba de cargo contra Montesinos y otros acusados, los vídeos que aquél grabó subrepticamente de sus conversaciones.

El que usted, con una ganada reputación por su independencia intelectual y académica, emita un informe sobre este tema resulta un apoyo fundamental en nuestros esfuerzos por combatir la corrupción que afectó nuestro país durante la última década. Asimismo, su gesto de desprendimiento, al ocupar gratuitamente su valioso tiempo en esta tarea, habla bien de su calidad humana y sus sólidos valores de hombre de derecho.

Es por ello, señor Profesor, que por medio de la presente le hago llegar el profundo agradecimiento, tanto personal como a nombre de los integrantes de esta Procuraduría Ad Hoc, por el aporte realizado. Tenga por seguro que si este proceso, como anhelamos, culmina en forma exitosa, y avanzamos algunos pasos en la construcción de una sociedad más justa y honesta, parte de dicho logro le corresponderá también a usted.

Sin otro particular quedo a su disposición para los fines que estime pertinentes.

Atentamente,

LUIS G. VARGAS VALDIVIA

Procurador Ad Hoc

IV

Vale.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG