



Ponente PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ  
Número de Recurso 2135/2012  
Procedimiento RECURSO CASACIÓN  
Número de Resolución 569/2013  
Fecha de Resolución 26 de Junio de 2013  
Emisor Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Junio de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª, de fecha 1 de octubre de 2012. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes Catalina, Guillerma y Simón, representados por el procurador Sr. Deleito García, y por el Ministerio Fiscal. Ha comparecido como recurrido Juan Manuel, representado por el procurador Sr. González Fernández. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

## ANTECEDENTES

1. - El Juzgado de instrucción número 8 de Gavá instruyó sumario 1/2011, por delito continuado contra la libertad sexual y otro delito continuado contra la intimidad, contra Juan Manuel, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección 2ª dictó sentencia en fecha 1 de octubre de 2012 con los siguientes hechos probados:

" UNICO.- Se considera probado y así se declara que el día 10 de febrero de 2011 Guillerma y su hermana Catalina formularon denuncia contra Juan Manuel, mayor de edad, sin antecedentes penales y esposo de esta última por la presunta realización de tocamientos inequívocamente sexuales sobre la persona de Guillerma, actos que habría llevado a cabo sin su consentimiento y estando ésta dormida y que habría grabado con su móvil, manifestando también sus sospechas de un posible abuso de igual naturaleza sobre Mireia, la hija menor de ambos por presentar en alguna ocasión irritación en sus genitales externos.

Los denunciantes habían tenido conocimiento de los hechos que denunciaron cuando Catalina, que se hallaba separada de hecho de su esposo desde un tiempo antes que no ha quedado determinado, pro infidelidades de éste, tras recibir una llamada telefónica de una mujer -su supuesta amante- refiriéndole que en el coche de Juan Manuel estaban las pruebas de la relación que sostenían, cogió un duplicado de las llaves que guardaba en su domicilio y se dirigió al lugar donde Juan Manuel tenía aparcado el vehículo y abriéndolo, halló en su interior la caja de bombones y el mapa de los que le había hablado su interlocutora telefónica y además unos CDS y DVDS que cogió y se llevó con la finalidad de averiguar que



guardaba su esposo en ellos, lo que hizo con ayuda de Guillerma visionando su contenido en un ordenador del negocio de hostelería que esta regentaba.

Catalina tomó y visionó los CDS y DVDS, que además de fotogramas y videos de contenido sexual referidos a Guillerma contenían otros relativos a terceras personas, sin consentimiento de Juan Manuel." [sic]

2. - La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

“FALLO: Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS libremente a Juan Manuel del delito continuado de abusos sexuales y del delito continuado contra la intimidad de los que venía acusado, declarando de oficio las costas procesales.

Póngase inmediatamente en libertad al procesado absuelto.

Notifíquese esta sentencia al procesado, al Ministerio Fiscal y demás partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de casación de infracción de Ley o por quebrantamiento de forma ante este Tribunal y para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo" [sic]

3. - Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por los condenados y por el Ministerio Fiscal que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.
4. - La representación de Catalina , Guillerma y Simón basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículos 24.1º (tutela judicial efectiva) y 18. 1º (por aplicación indebida del artº. 11. 1º LOPJ ).

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por considerar infringidos los artículos 197 y 201 del CP , 264 y 269 de la LECriminal , y 181, 1 y2, 182.1 y 2, 66.4º, 74.1 y 3, 57.1 y 2, 48. 2, 22.1º y 6º y 23, todos ellos del CP.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error en la apreciación de la prueba.

5. - El Ministerio Fiscal basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Único.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artº. 5.4º de la LOPJ, por infracción del artº. 24 CE (tutela judicial efectiva)

6. - Instruidos el Ministerio fiscal y el procurador Sr. González Fernández, interesaron la inadmisión de los recursos y, subsidiariamente, la desestimación; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.
7. - Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 19 de junio de 2013.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Recurso del Ministerio Fiscal

Lo denunciado, por el cauce de los arts. 852 Lecrim y 5.4 LOPJ, es vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del art. 24,1 CE .

Al respecto, se argumenta que la propia Audiencia reconoce que ninguna de las partes ha cuestionado la veracidad de cada uno de los actos sexuales documentados en los vídeos o fotogramas aportados a la causa, ni la identidad de la persona afectada, ni que estuviera dormida, ni tampoco la identidad del autor; lo que excluye la sospecha de una manipulación. Se dice también que lo documentado es lo suficientemente explícito y grave como para que de ello se derive un deber legal de denunciar; que las grabaciones estaban en un sitio, un auto, al que podrían acceder otras personas; que el supuesto es asimilable al del particular que, tras de haber hallado una fotografías acreditativas de la existencia de un delito, hubiese acudido con ellas al juzgado, al amparo de lo que dispone el art. 264 Lecrim .

Se razona, además, que el derecho a la tutela judicial efectiva implica el consistente en recibir una respuesta de los tribunales sobre el fondo de las cuestiones planteadas. Y se subraya la circunstancia de que, en el caso a examen, la ilicitud de la obtención del material viodeográfico de que se trata no fue denunciada por el interesado.

En fin, se discurre, con fundamento en la construcción jurisprudencial conocida como "conexión de antijuridicidad", en el sentido de que, en último término, la posible irregularidad del acto de aprehensión de los soportes aludidos del interior del vehículo, no tendría por qué llevar consigo la ilegitimidad de los medios probatorios puestos ulteriormente en juego con base en el conocimiento de los hechos acreditados mediante las imágenes obtenidas a partir de aquellos.

Hay una elemental cuestión de método que es preciso tratar previamente, y que se resuelve en una simple afirmación. Es que el discurso de esta sala para decidir acerca de la aceptabilidad o no de la resolución del tribunal de instancia, sobre el alcance y las consecuencias jurídicas del modo en que Guillerma accedió a los CDs o DVDs, tiene que tomar en consideración, como marco temporal de referencia, el momento en que esa acción se produjo. Esto es, el correspondiente razonamiento debe producirse y operar con una perspectiva ex ante. Por tanto, dejando al margen todo lo sabido con posterioridad, merced al examen del contenido de las grabaciones, y la misma actitud procesal de Juan Manuel ; para estar exclusivamente a los datos que llevaron a Guillerma a obrar como lo hizo y a su comportamiento mismo.

Pues bien, dicho esto, lo que cuenta es: a) que ella llevaba tiempo separada de hecho de Juan Manuel , a consecuencia de algunas infidelidades de éste, de las que, por tanto, tenía ya constancia; b) que tal es por lo que habían dejado de convivir, separándose; c) que el automóvil en el que se hallaban los CDs o DVDs era en ese momento de uso exclusivo de Juan Manuel ; d) que el juego de llaves utilizado para el acceso al mismo no fue entregado por el a Guillerma , sino que había quedado de facto en el que fuera domicilio familiar; y e) que lo que motivó la actuación de Guillerma fue la información de que en el vehículo podrían hallarse las pruebas de la relación de Juan Manuel con una mujer.



Dice el tribunal provincial que el modo de operar de Guillerma en el caso satisfaría ab initio las exigencias del tipo del art. 197,1 Cpenal , puesto que se apoderó de lo que, no hay duda, constituye una suerte de soporte documental que no le pertenecía ni estaba en su ámbito de disponibilidad, como objeto, y que sabía dotado de un contenido de datos relativos a la vida personal de otros, Juan Manuel y una mujer, que, precisamente, es lo que pretendía conocer.

Es verdad que aquel era todavía formalmente su esposo, y que, es cierto, la decisión de dos personas de compartir su existencia y el hecho de vivir juntos conlleva una transferencia recíproca o recíproco acceso de cada uno a algunos aspectos de la intimidad del otro que antes le pertenecían en exclusiva. Pero ello -incluso en condiciones de normalidad y plena vigencia de la relación, circunstancias que aquí ya no se daban- tiene lugar en virtud de un acto de voluntad libre, y no supone para los implicados la desaparición de todo espacio íntimo, de ese reducto personalísimo que es la proyección más auténtica de la individualidad misma. Podría decirse, incluso, que la vida en pareja, caracterizada por la cesión bilateral de alguna cuota de intimidad, convierte esa intimidad cedida y compartida en algo cualitativamente distinto, que deja de ser íntimo para integrarse en lo que constituye, más propiamente, vida privada de las convivientes. Ahora bien, el afecto matrimonial o su equivalente (y menos aún su ausencia cuando, subsistiendo la forma matrimonial, concurre una separación efectiva) no cancela la intimidad, del mismo modo que la sexualidad compartida no elimina el derecho a la libertad sexual: que es lo que, de darse ciertas circunstancias, hace posible el delito de violación incluso en este contexto.

De aquí se sigue una distinción conceptual, cuya validez es empíricamente verificable por cualquiera con sólo reflexionar sobre sí mismo, que tiene explícito reconocimiento en el art. 18,1 de la Constitución , cuando distingue, bien expresivamente, la "intimidad personal" de la "intimidad familiar".

No se niega -y ni siquiera en el caso de mediar una ruptura de hecho- toda legitimidad al interés (o necesidad psicológica) por conocer la verdad de quien tiene fundadas sospechas de estar siendo, o haber sido, víctima de una infidelidad. Tampoco en el supuesto de que, de ser como afirma el recurrente, se hubiera dado ya, y fuera conocida, una ruptura unilateral de las reglas de la vida en común mutuamente aceptadas. Puede admitirse, como hipótesis, que fuese tal la situación y que, como se sugiere en los recursos, toda la razón moral estuviese del lado de Guillerma, si, habiendo observado por su parte un comportamiento irreprochable, este no hubiera sido lealmente correspondido de la misma manera por Juan Manuel. Pero ni siquiera tal supuesto-límite autorizaría, en el plano jurídico, a despojar a esa otra persona del derecho fundamental a la intimidad; a convertirla en objeto de observación sin restricciones. Ello no supone, en una experiencia de este género, negar al cónyuge o conviviente todo derecho a indagar acerca de aquellos aspectos de la intimidad del otro (de la que sin duda forman parte los afectos y relaciones que se desea ocultar) con clara repercusión en la vida privada de ambos. Sino sólo afirmar que tampoco en este campo específico de las relaciones interpersonales el propósito legítimo de hacer luz o poner fin a una situación de incertidumbre, evidentemente traumática, justifica el uso de cualquier medio, en especial si fuera abiertamente antijurídico, por ser directamente atentatorio contra un derecho fundamental.

En definitiva, a tenor de lo que acaba de exponerse, es claro, no todo está permitido en el ámbito de la pareja, ni siquiera para saber a qué atenerse, acerca



del comportamiento del otro, en materia de observancia del deber de fidelidad que hubiera sido recíprocamente asumido. Pero es que aquí, se da, además, la circunstancia de que la vida de relación había dejado de existir como tal, precisamente, por la constancia de la infidelidad que -a tenor de lo que se sabe, pues no se discute- era un dato cierto para Guillerma. Lo que supone que esta, por tanto, no habría podido siquiera tratar de justificar su acción con el apremio psicológico de despejar la inquietud abrigada acerca de la posible doble vida de su esposo, con el que ya no compartía la propia, precisamente debido a una razón de esta índole.

Por tanto, ese comportamiento (que aquí no se juzga) no solo no es justificable jurídicamente sino que, en una primera aproximación, tiene las connotaciones indiscutiblemente negativas que le atribuye la Audiencia.

Se ha objetado que el automóvil donde se produjo la primera parte de la injerencia, es un espacio al que podrían haber accedido otras personas. Pero esto, cierto en términos de posibilidad abstracta, no convierte ese habitáculo en lugar franqueable a discreción por cualquiera. Y ni siquiera por quien, como es el caso de Guillerma, dispusiera de un juego de llaves que, sólo la habilitó de facto para el acceso, que, por esto, no habría dejado de ser ilegítimo.

Es verdad y algo bien conocido, que, socialmente, el automóvil no tiene la consideración de ámbito propio para el ejercicio de la intimidad, y, en este sentido, en general, no goza de la protección que el ordenamiento dispensa a otros reductos idóneos para el despliegue de la misma, como, por antonomasia, el domicilio; lo que resulta, además, de una jurisprudencia tan reiterada como conocida del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo. Pero también es cierto que según acaba de decirse, y no importa insistir, al ser su interior un área privada bajo la estricta disponibilidad del titular o del usuario, no es lugar de libre acceso para quien carezca de la autorización de alguno de estos.

Además, en el caso, se da la circunstancia, ciertamente esencial, de que el vehículo, que de por sí acota un cierto ambiente de privacidad, en esta ocasión encerraba un material que, ya en la aludida valoración ex ante, merecía la consideración de íntimo, en cuanto inequívocamente relativo a las relaciones de tal índole de Juan Manuel con una mujer; objeto del interés de Guillerma. De modo que ésta obró no sólo con la "expectativa razonable de intimidad" a que se refiere alguna jurisprudencia constitucional, sino con certeza práctica de que lo buscado pertenecía, precisamente, a ese personalísimo ámbito ajeno.

Por tanto, si la primera invasión no autorizada del marco propio de una cierta privacidad de aquél (el auto), llevó consigo alguna carga de ilegitimidad, la deliberada injerencia en un espacio (el contenido de los CDs o DVDs), éste sí, de sabida rigurosa intimidad, hizo que la actuación de Guillerma, dotada, al menos en principio, de las connotaciones antijurídicas que señala la Audiencia, fuera, en efecto, constitucionalmente ilegítima. De una ilegitimidad que no puede neutralizarse, en modo alguno, con el argumento de que lo obtenido por ese medio pudiera (luego) haber informado de la eventual existencia de un delito; del que, en el momento de la acción de Guillerma no existían indicios. Y, cuando además, ni siquiera la sospecha de la presencia de estos (y solo contando con que cupiera atribuirles un contenido incriminatorio) habría podido justificar otra cosa que la denuncia.

Por tanto, es una primera obligada conclusión, Guillerma realizó una acción que, en principio, podría ser típica, ilegítimamente invasiva de la intimidad de Juan



Manuel, y carente de justificación. Y es por lo que, lo obtenido de este modo, no pudo ser tomado en consideración por la Audiencia, que resolvió, por tanto, correctamente en derecho.

Abona esta afirmación lo previsto en el art. 11,1 LOPJ en términos de un rigor que, en la lectura más obvia del precepto, excluye cualquier otra alternativa que no implique una reescritura del mismo.

Se ha invocado la construcción jurisprudencial de la llamada "conexión de antijuridicidad", para sugerir que aquí no se habría dado y que, por eso, la ilegitimidad que, sin duda, teñía la obtención de los CDs o DVDs no llegó a transmitirse y difundirse, dentro del proceso, conjuntamente con la noticia de los actos de contenido sexual de Juan Manuel ; de modo que el reconocimiento por éste de la autoría de estos últimos y de las grabaciones tendría que servir como prueba de cargo para condenarle. Pero éste es un aserto que no refleja la total realidad de lo sucedido y debe matizarse en términos sustanciales.

En efecto, pues lo afirmado por aquél, y que se desprende de la sentencia y no ha sido cuestionado, es que sus acciones, por el mismo vídeoregistradas, se habían producido dentro de un marco de relaciones sexuales consentidas por la implicada en esas escenas. De manera que, tampoco operando con ese peculiar criterio jurisprudencial de lectura del art. 11,1 LOPJ cabría atribuir a Juan Manuel la admisión de la hipótesis que ponía a su cargo la ejecución de delitos contra la libertad sexual y otros, al ser muy otra la asumida por él.

En consecuencia, y por todo, el motivo, y con él el recurso del Fiscal, tiene que desestimarse.

Recurso de Catalina y Guillerma y de Simón

**Primero.** Invocando el art. 852 Lecrim, se ha alegado vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del art. 24,1 CE y del art. 18,1 CE , por indebida aplicación del art. 11,1 LOPJ .

Los ahora recurrentes hacen especial hincapié en que Juan Manuel no denunció la vulneración de su derecho a la intimidad, en lo que quiere verse una autorización tácita de la acción de Guillerma ; que el reconocimiento del hecho de que grababa esa clase de escenas lo hizo antes de saber que se habían aportado los CDs o DVDs con la denuncia; que las denunciadas podrían ser conocedoras de la existencia de los vídeos sexuales con su cuñada; que Juan Manuel y Guillerma no estaban formalmente separados y ésta sería la titular del auto; que con la denuncia se acompañó un teléfono móvil de aquél, al que estas últimas no pudieron acceder por desconocer la clave; que durante la instrucción se aportó también otro material intervenido en la entrada y registro del domicilio de Juan Manuel . De todo esto se inferiría la inexistencia de una vulneración del derecho a la intimidad de éste, que tampoco habría sido siquiera denunciada.

Pero con este modo de discurrir, aparte de que, en realidad, hay una cierta reiteración, aunque de forma más detallada, de lo argumentado por el Fiscal, resulta que se incide sistemáticamente en un error de perspectiva. Es el que se concreta, de la manera más plástica, en la afirmación de que "visto lo que vieron" Guillerma y Catalina no podrían haber hecho otra cosa que denunciar; cuando resulta que el problema es, precisamente, ese: que vieron de manera constitucionalmente ilegítima, dada la forma de acceso; por lo que es preciso partir de este hecho y no de la naturaleza de lo visto. Todo porque hay ámbitos, como el de la intimidad, que sólo son regularmente franqueables por alguna de



las vías previstas en el ordenamiento. Y este no es un dato banal, del que pueda prescindirse; ni siquiera con apoyo en el argumento pragmático, también presente en el recurso, de que las ilegitimidades probatorias podrían generar situaciones de impunidad; algo evidentemente cierto. Pero como lo es también que la consagración normativa de este instituto, ciertamente relevante en la vigente disciplina constitucional del proceso, es el fruto de una ponderación entre bienes jurídicos que ya ha sido hecha por el legislador, sin duda, asumiendo ese riesgo; cuya incidencia estadística, por otra parte, no tiene nada de alarmante. Mientras parece incuestionable que si el ordenamiento prevé la vigencia de determinadas reglas para la regular aplicación del ius puniendi, estas deberán ser rigurosamente respetadas, aunque solo fuera por un imperativo de elemental coherencia, del que se deriva la necesidad de que el orden jurídico se tome a sí mismo en serio.

El motivo es coincidente con el del Fiscal, y, así, debe estarse a lo resuelto al respecto; porque ni la naturaleza de lo hallado, ni la ausencia de denuncia por parte de Juan Manuel podrían retroactuar en el sentido de hacer legítima la invasión de su intimidad por parte de Guillerma.

**Segundo.** Lo aducido, por la vía del art. 849,1º Lecrim , es infracción de los arts. 197 y 201 Cpenal , por indebida aplicación a la denunciante y no al acusado; por inaplicación de los arts. 264 y 269 Lecrim ; y por inaplicación también de los arts. 181,1 y 2 , 182,1 y 2 , 66,4 , 74,1 y 3 , 57,1 y 2 , 48,2 , 22,1 y 6 y 23, todos del Código Penal .

Pero la impugnación, una vez desestimado el anterior motivo, es claramente inatendible, porque para que pudiera acogerse, ya solo como hipótesis, tendría que haberse admitido la legitimidad constitucional de la obtención del material videográfico y su aptitud para ser valorado a efectos probatorios; hipótesis que, es claro, no se ha dado.

**Tercero.** Al amparo del art. 849,2º Lecrim , se ha denunciado error en la valoración de la prueba resultante de documentos, al no haberse valorado por la Audiencia ninguna de las tres periciales aportadas a la causa. Mas también en este caso se prescinde del dato de la existencia de un obstáculo insalvable para entrar en esa valoración. Es el representado por la ilegitimidad constitucional que afecta esencialmente a lo hallado por Guillerma, que, como se ha dicho, se transmitió, sin posibilidad de "desconexión" a todo lo jurídico-causalmente relacionado con ello.

Es por lo que el motivo tampoco puede estimarse.

## FALLO

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por la representación de Catalina , Guillerma y Simón y por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª, de fecha 1 de octubre de 2008 , dictada en la causa seguida por delito contra la intimidad y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de los antecedentes remitidos a esta sala para la resolución del recurso, solicítense acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García Perfecto Andrés Ibañez Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral García



## Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA: 01/07/2013

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Antonio del Moral García, RESPECTO DE LA SENTENCIA Nº 569/2013 DE FECHA 26 DE JUNIO DE 2013, RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 2135/2012.

I.

Estimo que habrían debido estimarse los recursos de Fiscal y Acusación Particular. Expongo aquí las razones que me llevaron a defender en la deliberación esa tesis que no logró concitar apoyos en mis colegas debido seguramente no tanto a sus eventuales puntos frágiles, -que puede tenerlos- como a mi torpeza argumentativa.

Estoy de acuerdo en que en el origen de la prueba se encuentra una actividad ilícita atentatoria del derecho fundamental a la intimidad del acusado. Comparto en su integridad el elaborado y convincente razonamiento de la sentencia mayoritaria que así lo sostiene despejando eventuales objeciones dimanantes de la relación conyugal preexistente entre denunciante/acusado o sobre el lugar -un vehículo- donde se obtuvo el material. Es indiferente la titularidad del vehículo. Lo relevante es quién lo usaba. Como también es intrascendente que se accediese al mismo con una copia legítima de sus llaves.

Asimismo entiendo que se puede declarar de oficio la nulidad o inutilizabilidad de una prueba aunque no haya sido impetrada por la persona contra la que se blande, como ha sucedido en esta causa.

La ausencia de queja por parte del titular del derecho fundamental no puede interpretarse como autorización tácita o como renuncia a su intimidad. No es aceptable esa línea argumentativa hábil y profusamente explorada en el recurso de la acusación.

II.

Es más discutible, en mi opinión, si era también desechable como prueba la declaración del acusado. Esa cuestión nos llevaría a analizar la denominada "conexión de antijuricidad" entre una inicial prueba ilícita y la declaración del acusado en el plenario, con conocimiento de sus derechos y asesoramiento de letrado que conoce todas las actuaciones y todas las vicisitudes procesales. Asumieron una determinada estrategia procesal consistente en aceptar en gran medida los hechos objeto de imputación aunque se contrarrestaba la acusación arguyendo un consentimiento de la supuesta víctima que desvanecía la antijuricidad.

Es obvia la vinculación causal entre esa declaración y el descubrimiento ilegítimo de las grabaciones. Sin éste no se hubiese producido aquélla. Como tampoco





se hubiese producido la entrega por el acusado de otras copias o grabaciones similares al ser requerido. Con los parámetros que maneja el Tribunal Constitucional e incluso esta Sala Segunda (se conoce ya el origen de la prueba, por más que sea intuible que ni la defensa ni el propio acusado habían reparado en su eventual ilicitud) esas declaraciones en el acto del juicio oral son utilizables. La sentencia mayoritaria entiende que son insuficientes para un pronunciamiento diferente al absolutorio: el acusado reconoce que ha llevado a cabo acciones de inequívoco carácter sexual pero contando con la anuencia de la víctima. Ese relato no sería constitutivo de delito.

Sin embargo, salvada la valorabilidad de esa prueba, no hay por qué despreciar las demás, en cuanto estén desvinculadas de la originaria inutilizable, como forma de completar, integrar o matizar la narración del acusado. Si éste declara haber mantenido contactos de tipo sexual con su cuñada y ésta por su parte, niega que contase con su consentimiento, no habría obstáculo en abstracto (otra cosa es en concreto: la valoración corresponde al Tribunal de instancia) para que un órgano de enjuiciamiento que hubiese percibido directamente toda la prueba pudiese alcanzar (o no) la convicción de que existieron esos contactos (aceptados por el acusado); y que se hicieron sin la anuencia de la mujer (declaración de ésta) sopesando las explicaciones de uno y otro. La dificultad para llevar a cabo esa valoración combinada nacerá del difícilmente evitable influjo subliminal que ejercerá la prueba que se reputa inutilizable pero que se ha practicado ya ante el órgano llamado a valorar la actividad probatoria. En nuestro sistema procesal no existe una praxis extendida de expulsión previa de la prueba ilícita ( art. 786.2 LECrim ó 287 LEC). Ese en definitiva es el trasfondo con que habitualmente nos encontramos cuando un Tribunal declara nulas unas pruebas ya practicadas pero construye su convicción sobre las que considera desvinculadas de aquélla. No siempre puede anticiparse la decisión sobre la nulidad, como idealmente sería deseable.

Por eso si la sentencia mayoritaria concluye que no hay conexión de antijuricidad y que las declaraciones del acusado son valorables, en rigor debiera haber devuelto la causa al Tribunal para nueva sentencia sin valorar el material ilícito.

Aisladamente consideradas esas declaraciones son inocuas desde el punto de vista penal. Pero entrelazadas con las declaraciones de la denunciante (solo en las respuestas a preguntas exclusivamente basadas en el material fáctico extraído de las declaraciones efectuadas por el acusado), no podemos aventurar qué convicción hubiese alcanzado el Tribunal que escuchó a uno y otra. Aunque se hace complicada y artificiosa esa disección, creo que era la consecuencia congruente con la forma en que el Tribunal Constitucional ha perfilado la discutible doctrina de la "conexión de antijuricidad" (STC 66/2009, de 9 de marzo), parámetros a los que es obligado atenernos (art. 5.1 LOPJ).

III.

Pero este excursus que es uno de los ejes de la argumentación del Fiscal, ocupa un lugar muy secundario en mi valoración. Mi divergencia iba más lejos: pienso que en el asunto examinado la prueba no debió declararse inutilizable pues confluyen dos vectores que, precisamente por ser concurrentes, la sustraen del ámbito del art. 11.1 LOPJ :

1. De un lado, se trata de una ilicitud atribuible no a órganos del Estado, sino a particulares. No hay duda de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares (drittwirkung), aunque no se puede desconocer que su



construcción teórica y su fortificación legal y práctica ha surgido y crecido sobre todo en tensión frente a los poderes estatales. Por definición algunos derechos fundamentales solo son oponibles al poder estatal (derecho a no confesarse culpable -con algún matiz-, y en general, y esto no es baladí a los efectos que aquí se discuten, derecho a un proceso con todas las garantías). Es verdad que el art. 11.1 LOPJ no introduce distinción alguna en este sentido. La inutilizabilidad de la prueba obtenida con violación de derechos se predica de todos los casos y de todos los procesos, más allá de que el agente infractor sea estatal o sólo un particular. También en el proceso civil (vid. art. 287 LEC ) rige la previsión. Pero, admitido eso, no puede ocultarse que por tradición, por teleología, por ponderación de derechos fundamentales en tensión y por sus finalidades, el juego de esa norma, de máxima intensidad cuando la violación proviene de un agente estatal, consiente modulaciones en el caso de particulares (son frecuentes en el derecho comparado las regulaciones de esta materia que dejan al margen las actuaciones de particulares: U.S.A., Francia, Holanda, México, Bélgica con matices).

2. De otro lado, es una prueba a la que se ha accedido sin pretenderlo. Es un hallazgo "casual" en el sentido de "no esperado", no "buscado premeditadamente", lo que no equivale a afirmar que el atentado a la intimidad no fuese intencional. Lo era en el sentido de que se sabía y se asumía voluntariamente que esa actuación se inmiscuía en el ámbito de privacidad del después acusado. Pero no se adoptó esa iniciativa con el propósito de "obtener" material probatorio para utilizar en un proceso. Cuando se recogen las grabaciones en las que aparecieron las escenas e imágenes prueba del hipotético delito por el que se acusó, estaba ausente cualquier intención de acopiar pruebas con miras a un proceso judicial. Ni se buscaban ni se podía sospechar que iban a aparecer. La actuación venía impulsada por una morbosa curiosidad estimulada por un tercero con propósitos no esclarecidos, pero difícilmente catalogables como cristalinos; por el afán de fisgonear en el mundo íntimo de la persona con la que había compartido convivencia y ante las nada inocentes insidias afeándole haber sido objeto de infidelidades. Ese trasfondo no autoriza, como bien se razona en la sentencia mayoritaria evocando anteriores pronunciamientos de esta Sala, a intromisión alguna en la intimidad ajena. Ni antes ni después de romperse los lazos matrimoniales o asimilables. Pero cuando con lo que se topa quien realiza tal conducta, sin esperarlo y sin poder intuirlo, es con la prueba de un presunto delito, la actuación escapa a las previsiones del art. 11.1 LOPJ . Si quien atentó contra la intimidad actuaba guiado por el móvil de recabar elementos probatorios para mejorar o alcanzar una posición procesal, habrá que tachar de ilícita e inutilizable tal prueba. Cuando la vulneración del derecho fundamental no iba presidida por ese propósito nos movemos en un terreno muy diferente del que contempla el art. 11.1 LOPJ .

IV.

Estos dos datos a mi juicio son claves a la hora de delimitar la esfera en la que ha de moverse la feliz en su fondo, pero muy perfeccionable en su dicción,



formulación del art. 11.1 LOPJ que tantos efectos benéficos ha aportado a nuestra praxis judicial y policial. Se podrá tachar de excesivamente sofisticado el razonamiento. Intento razonar por qué no solo no me lo parece, sino que esa exégesis, que ha cristalizado en una propuesta prelegislativa, es más fiel a la filosofía que inspira el principio de prohibición de valoración de la prueba ilícita y comporta una más eficaz y racional protección de derechos fundamentales. El mandato de optimización de disfrute de derechos fundamentales es elemental regla de exégesis en esta materia.

Se quebrantó el derecho a la intimidad del acusado. Ahora bien, la declaración de ilicitud de la prueba no tiene eficacia restaurativa del derecho ya violado. Previene atentados futuros. No se detecta necesidad alguna de esa prevención -disuadir de la tentación de investigar a través de métodos ilegítimos- cuando no era esa la motivación que animaba la conducta inicial.

Por otra parte, (a nivel indiciario y dialéctico y con las cautelas que impone la presunción de inocencia no destruida que sin embargo, se ha tratado con, al menos, poca contención respecto de una de las denunciantes a la que se achaca en la sentencia sin matización alguna la comisión de un delito del art. 197 CP aunque sea a efectos meramente prejudiciales basándose precisamente en pruebas derivadas de la ilícita, lo que motiva una comprensible queja en su recurso de casación) se puede descubrir otro derecho fundamental presuntamente violado. O, más bien, dos. Su titular es una de las denunciantes. Tanto su intimidad (sin su consentimiento se han obtenido imágenes suyas en momentos de elemental privacidad); como su libertad (sexual). Un reproche penal al presunto autor tampoco restaurará esos derechos. Pero sí compensará y como toda pena, tendrá un efecto de prevención general. No se ventilan en el proceso penal exclusivamente intereses del Estado. También derechos de ciudadanos, a veces fundamentales y que conectan con temas de justicia conmutativa y no puramente legal.

¿También negaríamos a la víctima la tutela por ser ilegítima la prueba si hubiese acudido a un proceso civil (Ley 1/1982) reclamando el cese de la intromisión?

En rigor el razonamiento de la sentencia mayoritaria y de la sentencia combatida, llevaría a afirmar que la actuación correcta de los aparatos del Estado (agentes y Juzgado de Instrucción) frente a la denuncia efectuada hubiese sido la de total abstención ante el origen ilícito de la prueba bandida y la imposibilidad legal de que surtiese ningún efecto ( art. 11.1 LOPJ ). Es decir, ante la justa petición de la víctima de que se incautase otro posible material similar, otras copias o de que se registrase el domicilio para su localización y destrucción, tanto la policía como singularmente el Juzgado de Instrucción deberían haberse abstenido de actuar. Lo que significa cabalmente que en aras de fines preventivos de hipotéticas violaciones futuras de un derecho fundamental (finalidad profiláctica de la regla de exclusión que no repone el derecho violado sino que previene otras), se estaría consintiendo con que se perpetuase el maltrato actual de un derecho fundamental concreto de una persona con nombre y apellidos. No puede ser esa la exégesis de ese precepto.

Como en tantas materias en que aflora un conflicto entre derechos fundamentales o intereses de rango esencial la ponderación (balancing test) se convierte en herramienta básica. Es técnica fecunda en estas cuestiones. Hay que sopesar. En este caso es significativo: i) que el atentado no provenga del Estado -frente al que los ciudadanos se encuentran en una posición de mayor debilidad que hay que reforzar mediante reglas más drásticas-; y ii) que la prueba



que se tilda de inutilizable se haya obtenido "casualmente" en el sentido antes dicho, es decir sin la intención de recabar elementos probatorios para aportarlos a un proceso -lo que diluye la afectación del derecho a un juicio justo. Con singular plasticidad se ha usado la gráfica expresión "prohibido hacer trampas" para referirse a esta garantía del "juicio justo". No queda afectada cuando ni existe juicio, ni se ha actuado pensando en él. Estos factores pueden llevar a otorgar prevalencia a la protección efectiva de esos derechos de la eventual víctima, frente a las teóricas finalidades del art. 11.1 LOPJ que aquí no se satisfacen. En el proceso no se puede buscar la verdad "a cualquier precio". Esa regla ética, que no epistémica, hay que salvarla y preservarla como una garantía esencial del Estado de Derecho. Pero no mengua cuando no se estaba "buscando" esa verdad para hacerla valer en un proceso. Que haya que desalentar cualquier tentación de hacer acopio de pruebas a costa de pisotear derechos fundamentales, no guarda relación con los casos en que a raíz de la violación de un derecho fundamental con motivaciones bien diferentes, y totalmente ajenas a aquélla, de manera inesperada y sorpresiva surgen elementos probatorios. Estos atentados han de ser prevenidos de otra manera. Con el uso de las leyes penales o civiles, si procediese, especialmente cuando provienen de particulares. La previsión del art. 11.1 LOPJ no refuerza esa tutela y puede arrastrar consecuencias no deseables.

V.

Estamos ante un caso muy singular y difícilmente repetible. Pero si lo despojamos de sus peculiaridades específicas depurando lo accesorio, y extractamos sus ingredientes esenciales, veremos que no es tan insólito. De hecho en las crónicas de nuestros Tribunales e incluso en los repertorios de jurisprudencia no es tan complicado encontrar supuestos ontológicamente similares que han de merecer igual respuesta en mi opinión y que han sido objeto de soluciones desiguales por los tribunales que se han enfrentado a ellos.

Las notas definitorias son las siguientes: i) Se conoce lo que puede constituir una prueba esencial mediante una "objetiva" afectación de un derecho fundamental; ii) la actuación vulneradora no proviene de agentes del Estado o personas vinculadas, sino de particulares que actúan como tales; iii) El propósito que les guía puede ser lícito o ilícito; pueden actuar de buena o mala fe; con dolo, con imprudencia, o sin el más mínimo atisbo de culpa; pero, en todo caso, no está presente directa ni indirectamente un ánimo de recabar pruebas para un proceso, o de investigar para averiguar cuestiones que pudieran hacerse valer procesalmente.

Nos enfrentamos al descubrimiento casual de la prueba de un presunto delito (abusos sexuales) con motivo de un ilegítimo escudriñar en ámbitos de privacidad del denunciado con curiosidad despechada indigna de protección, pero sin horizonte procesal alguno: sin el más mínimo afán de obtener medios probatorios. No hay referencia a un proceso ni incoado ni de posible o hipotética incoación.

Son esencialmente idénticos otros casos no inéditos en nuestros tribunales: el particular que abre descuidadamente la carta, destinada al vecino y depositada por el cartero por error en su buzón, y en la que aparece droga; el robo en una vivienda donde los autores (luego detenidos por la policía) descubren cocaína que se llevan; el empleado que sin contar con consentimiento para ello se adentra con inocente propósito en las dependencias del domicilio de su principal



y encuentra el cadáver allí escondido; el hurto de un ordenador en el que se descubre pornografía infantil. Ninguno es puramente imaginario. En todos un particular, - actuando a veces de buena fe-, vulnera objetivamente (otra cosa es que en algún caso existiendo antijuricidad no haya culpabilidad) un derecho fundamental (privacidad, en el supuesto del ordenador; inviolabilidad del domicilio, en la entrada en las viviendas; secreto de las comunicaciones, al abrir la carta sin advertir el error). Pero lo hace sin perspectiva procesal alguna: actuando sin dolo en algún caso; en otros movido por ánimo de lucro o por otros propósitos ilegítimos o delictivos, pero sin horizonte procesal alguno... ¿En todos esos casos hay que acudir al expediente del art. 11.1 LOPJ ?

Creo que no: de hecho el examen de algunos antecedentes extraídos de nuestra praxis judicial pone de manifiesto que no se hace así necesariamente. Me atrevo incluso a aventurar que en la estrategia adoptada por la defensa en este caso late la razonable y fundada intuición, preñada de sentido común, de que esa prueba no podía ser declarada inutilizable. No concurre el fundamento profiláctico o disuasorio que en último término alienta la previsión (aunque este punto ha sido discutido); ni tampoco las bases que asientan la teoría desde un punto de vista más ontológico: no se pueden poner al servicio de la verdad procesal violaciones de derechos fundamentales, como si el fin (verdad) justificase los medios (obtención de pruebas haciendo claudicar a un derecho fundamental). En estos casos no hay ex ante esa relación de medio a fin: la violación del derecho fundamental no está realizada con el objetivo de hacerla rendir en un proceso.

VI.

Cuando hablo de ponderación no pienso en contraponer el valor de los bienes jurídicos afectados por las conductas (intimididad versus libertad sexual). Aunque ese tipo de ponderación se admite en otros ordenamientos (la gravedad del delito modula la regla de exclusión) no es esa la perspectiva adoptada por el art. 11.1 LOPJ . No se trata de evaluar el resultado. No es ese un criterio utilizable por más que tenga cierta fuerza dialéctica. No es cuestión de buscar el ejemplo extremo (hallazgo del cadáver e impunidad del atroz asesinato por un desliz, o, incluso, una conducta ilícita de un particular no achacable al Estado). El argumento, si se quiere ser coherente, no puede discurrir por esos derroteros tan emocionales como poco congruentes. Da igual que estemos ante un pequeño trozo de haschís que ante 2.000 kgr de heroína; ante un delito de pornografía infantil que ante cinco asesinatos... Si se concluye que rige la regla de exclusión porque así lo exige el ordenamiento no se pueden abrir fisuras bajo el argumento consecuencialista de la impunidad de un crimen. Es un tributo que hay que pagar gustosamente; sin alarmismos injustificados. Son muchos los delitos que quedan sin sanción por no lograrse identificar al autor pese a los esfuerzos policiales; o por no alcanzarse un resultado probatorio concluyente, único que puede justificar la condena. La sociedad tiene que asumir esos espacios de impunidad como precio de unas garantías, unos ámbitos de libertad y un estado de derecho al que no podemos renunciar. Añadir a esas bolsas de impunidad que se mueven dentro de lo "aceptable" o "tolerable" y que, sobre todo, son preferibles a un estado en el que determinadas conquistas de libertad quedasen arrumbadas o sustancialmente menguadas, los márgenes de renuncia al ius puniendi que surgen de la aplicación de la regla de exclusión, resulta estadísticamente despreciable. No supone un sacrificio social excesivo. En nada se tambalea el sistema. Gana mucho, por el contrario, cuando rige esa regla de exclusión



rodada y pulimentada, aún a riesgo de acrecer las cifras de impunidad de forma, reconozcámoslo, muy leve, casi desdeñable.

Ahora bien, hay que constatar que concurre el fundamento de la exclusión. Es una prescripción que obedece a unas lógicas finalidades y no una simple regla ininteligible sin lógica interna. Si degenera en eso perderá el crédito jurídico y social que ha adquirido costosamente.

VII.

En otros sistemas (como el norteamericano: decisiones de la Corte Suprema, Stone v. Powell, 1976; U.S. v. León, 1984; Ill v. Krull , 1987), la regla se vincula indisimuladamente a la contención de comportamientos inadecuados de los agentes estatales. En nuestro ordenamiento no es pacífica esa afirmación. Se habla más de protección objetiva de los derechos fundamentales. Pero sea cual sea la plataforma de la que se parta no puede hacerse abstracción de las circunstancias que rodean la infracción. Como se ha escrito, los elementos contextuales, subjetivos y finalísticos, han de modular el funcionamiento del sistema de garantías y fijar racional y proporcionalmente sus efectos. La regla de exclusión probatoria, debe operar, con toda energía, cuando el Estado o los particulares pretenden, mediante la infracción del derecho fundamental, acceder a fuentes de prueba y aprovecharse de su potencial valor incriminatorio. En estos casos la regla es el "antídoto" irrenunciable para la protección objetiva del concreto derecho lesionado y también para la conservación de un determinado modelo de convivencia fundado en valores. Esos valores en ese contexto derrotan el fin del esclarecimiento de la verdad.

El Tribunal Constitucional ha confirmado la operatividad del art. 11.1 LOPJ , en supuestos en los que el infractor es un particular pero sin dejar de apostillar que la finalidad ha de ser la obtención ilícita de evidencias o fuentes probatorias ( SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, citada por la sentencia de instancia , ó 56/2003, de 29 de marzo , así como ATC 115/2008, de 28 de abril , también reseñado). Si partimos de dicha funcionalidad protectora, deberá concluirse la inaplicación cuando la lesión del derecho fundamental por particulares aparece desconectada de dicha finalidad. Activar en esos supuestos la regla de exclusión genera consecuencias desproporcionadas con respecto a la entidad y naturaleza de la infracción y las necesidades objetivas de salvaguarda sistemática del modelo constitucional. La ya vulnerada intimidad del particular infractor no debe llevar a desproteger la intimidad y libertad de otro particular. Máxime cuando la supuesta víctima no fue la primigenia infractora. No es ella la que se "apodera" del material del acusado.

La supuesta víctima que ha visto "arrebatada" su intimidad no puede ahora restablecerla en aras precisamente de ese mismo derecho que se dice querer salvaguardar. Aunque con algunas gotas de la "emotividad no racional" que antes se trataba de eludir, en alguna resolución judicial se lee esta retórica pregunta: "¿No podría perseguirse el asesinato de varias personas porque los cadáveres fuerandescubiertos por un ladrón que accede al domicilio para robar?"

Ello no significa que la infracción de la intimidad no active el sistema de garantías sino, simplemente, que éste no debe desplegar todos sus efectos. La protección penal o civil sería una garantía reactiva y preventiva suficiente.



## VIII.

Reflexionar sobre el fundamento, alcance y límites de la regla de exclusión es un punto de partida básico para el acercamiento a temas como el aquí examinado. Si no se sientan bien sus bases se corre el riesgo -y ejemplos de ello existen- de convertir la teoría en un dogma irracional, y hacerla objeto de una idolatría poco meditada que se volverá en contra de los propios derechos fundamentales del hombre a los que quiere servir.

En el origen del discurso sobre la inutilizabilidad de la prueba obtenida con violación de derechos se situaba una finalidad disuasoria y profiláctica: una protección efectiva de los derechos fundamentales exige esa drástica medida. La mejor garantía para proteger los derechos fundamentales, y soslayar los riesgos de que el celo investigador pase por encima de ellos, es negar todo valor a las pruebas que se alcancen vulnerando esos derechos. Así, el Estado, el agente de la autoridad también el particular, percibe nítidamente la inutilidad de esa actuación y se estimula el escrupuloso cumplimiento de todas las garantías por parte de quienes participan en la investigación.

En el planteamiento anida una cierta inconsecuencia lógica: se derivan efectos epistemológicos de una cuestión deontológica. En algunos casos de violación de derechos fundamentales manteniéndonos en el estricto plano epistemológico, la consecuencia de negar a la actividad capacidad probatoria es coherente. Así sucede con la tortura: es una práctica atentatoria de la dignidad humana, pero además poco o nada fiable desde el punto de vista del hallazgo de la verdad: en palabras de un clásico, «una confesión hecha bajo tormento es la expresión del dolor, no del indicio. ¿Qué relación tiene el dolor con la verdad?».

Pero en muchos otros casos no es así.

Se puede convenir que esa traición a la lógica es acertada en la medida en que se le asigna una función preventiva. Puestos en la balanza ambos valores, merece la pena sacrificar la eventual "injusticia" que representa no castigar a ciertos culpables para dotar de mayor efectividad a la protección de los derechos fundamentales. La hipotética sanción por la violación de esos derechos fundamentales puede no ser suficientemente disuasoria. Empíricamente es comprobable que el rechazo absoluto del valor probatorio de los elementos así obtenidos es una medida más eficaz en la protección de los derechos fundamentales y desalienta en mayor grado la tentación de actuaciones ilegales.

La doctrina de la prueba ilícita supone renunciar en determinados casos a conocimientos verdaderos en aras de otra finalidad que exige ese sacrificio. Pero el sacrificio estará justificado. Ha de ser bienvenido cuando efectivamente se alcancen esos fines perseguidos: bien el efecto preventivo, bien una mayor protección objetiva del derecho fundamental violado, bien la pureza del derecho a un "juicio justo".

La teoría de la prueba ilícita tiene su fundamento en una ponderación de valores en conflicto. Ante la disyuntiva entre el derecho del Estado a sancionar al autor de un delito y la eficaz protección de los derechos fundamentales se opta por esto último. La eficaz tutela preventiva de los derechos fundamentales es un valor preferible frente a la sanción en todo caso y a toda costa de todos los responsables penales. Es una decisión de política criminal correcta. Muy acertada.



La opción es válida para ese conflicto, pero no es extrapolable a otros supuestos, ni significa -en eso se puede degenerar- que los hechos averiguados a través de pruebas ilícitas sean falsos, o no existan, o no pueda decirse si son reales o no (lo que tiene consecuencias bien concretas en materias como la indemnización por prisión preventiva, o el recurso de revisión o la aplicación del in dubio ). Cuando el conflicto no enfrenta el derecho de la Sociedad a que se castigue al autor de un delito y la protección de los derechos fundamentales, sino esa protección genérica preventiva con el derecho a la vida -o a la libertad- de un ciudadano concreto con nombre y apellidos, no hay duda alguna: debe prevalecer éste. Por eso la prueba obtenida de manera ilegítima sí que es utilizable para acabar con los efectos de un delito (aprehensión de la droga o liberación de un secuestrado, por esgrimir un ejemplo bien elocuente: una doctrina que llevase a sostener fundadamente que lo procedente jurídicamente sería abandonar al secuestrado a su suerte porque su paradero se ha averiguado "ilícitamente" es un monstruo).

Hay que recobrar un sano realismo tan emparentado con el sentido común. Remarcar que la teoría de la prueba ilícita no significa negar que hechos reales no sean tales; ni negar que existan sucesos ciertos; o hacer depender la verdad de los procedimientos seguidos para obtener el conocimiento: solo existirían verdades procedimentales.

Hay que diferenciar lo que sería una improcedente "reescritura" del art. 11.1 LOPJ de lo que es su exégesis contextualizada. Ejemplifico con algunos supuestos más o menos compartidos.

Los conocimientos adquiridos a través de medios probatorios ilegítimos, por vulnerar un derecho fundamental, no pueden ser utilizados para sancionar al responsable de un delito, pero sí para poner fin a la situación existente de vulneración de otro derecho fundamental (ejemplo de la persona secuestrada) o para prevenir la comisión de nuevos delitos (intervención de la droga o desactivación de un artefacto explosivo). No tiene lógica hacer oídos sordos a la noticia sobre el lugar donde se oculta al secuestrado, con el argumento de que se ha llegado a tal dato a través de un medio no legítimo. No albergo ninguna duda sobre la procedencia de una inmediata actuación para poner fin a esa situación, con independencia de la licitud o no de la fuente de conocimiento. Cosa diferente es que frente a los responsables penales no podrá hacerse valer esa prueba.

Otra modulación, aunque tampoco pácifica: cuando la prueba ilícita acredita la inocencia -se trata de prueba exculpativa- debe ceder la prohibición de su utilización. Renunciar al castigo del delincuente para preservar los derechos fundamentales de manera más eficaz es asumible. Pero que en aras de ese mecanismo, meramente preventivo, de protección se condene al inocente no es aceptable. En este conflicto ha de prevalecer sin duda el derecho del inocente a no ser injustamente sancionado. Si en un registro ilegal se ocupa el arma asesina con las huellas del auténtico autor, esa prueba no podrá ser utilizada para inculpar a éste, pero sí para acreditar la inocencia quien estaba siendo injustamente acusado. Una interpretación que basada en la literalidad del art. 11.1 LOPJ llevase a sustraer al jurado la prueba obtenida ilícitamente que corrobora la coartada del acusado y acredita su inocencia, en entredicho por otro material incriminatorio, no es compatible con los valores constitucionales ( STEDH de 12 de julio de 1998 asunto Scheichelbaner v. Austria ).





Con esos ejemplos quiero poner de manifiesto que el art. 11.1 LOPJ ha de ser interpretado con los métodos habituales exegéticos, lo que no significa "manipularlo". A diferencia de esos supuestos, en el ahora examinado entiendo que no solo la interpretación teleológica lleva a las conclusiones que defiendo, sino que también desde un punto de vista gramatical esa lectura es la más natural. El art. 11.1 LOPJ habla de pruebas obtenidas. El verbo obtener gramaticalmente encierra un componente finalístico: se obtiene lo que se busca. Lo que se encuentra inesperadamente propiamente no se "obtiene". En su primera acepción "obtener" es Alcanzar, conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende. "Obtener pruebas" es locución que alberga esa significación: las pruebas que se hallan pero no se buscaban, no serían pruebas "obtenidas" en rigor, sino encontradas sin pretenderlo.

No quiero extremar el argumento gramatical, pero sí reflejar que la exégesis planteada como alternativa a la sostenida en la sentencia mayoritaria no es contra legem, ni extravagante o retorcida.

IX.-

Así pues, no concurre el presupuesto que activa la aplicación del art. 11.1 LOPJ porque en concreto supone el desamparo efectivo de otros derechos fundamentales.

Modulaciones análogas son aceptadas por nuestra jurisprudencia constitucional. La STC 22/2003, de 10 de febrero ha admitido, por ejemplo la excepción basada en la buena fe: " La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (vid. STC 49/1999, de 5 de abril , FJ 5) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar. ... no cabe hablar de que se haya vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías pues, en este caso, la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio es, por decirlo de algún modo, un mero accidente. El estatuto del imputado no hubiera podido impedir que la prueba se hubiera obtenido actuando conforme a la Constitución y, así las cosas, no cabe decir que haya sufrido desconocimiento alguno del principio de igualdad de armas. Igualmente, reconocer la validez de la prueba en virtud de la que fue condenado implica desestimar la alegada vulneración de la presunción de inocencia".

X.-

En consecuencia en mi opinión deberían haberse estimado el recurso del Ministerio Fiscal y el primer motivo del recurso de la Acusación Particular devolviendo las actuaciones al Tribunal a quo para que dictase nueva sentencia valorando todo el conjunto de la prueba, también la que ha sido expulsada



indebidamente del procedimiento. No entiendo que haya quedado comprometida la imparcialidad del Tribunal ni, por tanto, que fuere necesaria una repetición del plenario ante otro Tribunal como apunta en su dictamen el Ministerio Público. Por otro lado es improcedente e inviable dictar aquí en casación directamente segunda sentencia sin contacto directo con la actividad probatoria como pretende la acusación.

Antonio del Moral Garcia.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Perfecto Andres Ibañez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.