



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 239/2014, de 1 de abril de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1666/2013

SUMARIO:

Medios de prueba. Grabaciones con cámara. Violación del derecho fundamental a la intimidad. Delito de apropiación indebida. Principio acusatorio. Objeto del enjuiciamiento. Ante la instalación de cámaras de grabación por parte del empresario en los lugares de trabajo, ante las sospechas que tenía sobre un trabajador y la falta de dinero, debe distinguirse la cámara instalada al lado de la caja registradora en zona común de trabajadores, en ese caso el poder de dirección del empresario, con sus facultades anejas, no incide sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores; pero otra cosa ocurre con las cámaras que se instalaran en el despacho del acusado, separada de la zona general de la que depende el consentimiento para facilitar el acceso visual o personal de terceros al mismo y que el titular del mismo tiene una expectativa razonable de intimidad dentro de su despacho, que puede verse vulnerada si se instalan cámaras de grabación sin su conocimiento, medida que se considera desproporcionada y las imágenes obtenidas de las mismas no podrán ser utilizadas como prueba de cargo. Nada se opone a la valoración de las demás grabaciones obtenidas de las cámaras instaladas en zonas de acceso general en las que los trabajadores desarrollaban sus funciones laborales. Una vez que alguna de las acusaciones recoge en su escrito de conclusiones provisionales una conducta que calificaba como constitutiva de un delito de falsedad en documento mercantil y el Juez de instrucción no acordó expresamente el sobreseimiento respecto de la misma, el Tribunal debió pronunciarse sobre los aspectos fácticos y jurídicos relativos a dicho delito al formar parte del objeto del procedimiento. Voto particular.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 250, 252, 390 y 392.

Constitución Española, arts. 10.1, 18.1, 24.2, 33 y 38.

PONENTE:

Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

Magistrados:



www.civil-mercantil.com

Don ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ

Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Abril de dos mil catorce.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, que ante Nos penden, interpuestos por Millán y SUMINISTROS INDUSTRIALES LEMOS ORENSE, S. L. , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Orense (Sección Segunda), con fecha once de Julio de dos mil trece , en causa seguida contra Millán , por Delito de apropiación indebida, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado Millán , representado por el Procurador Sr. D. Antonio Ramón Rueda López y defendido por el Letrado Don José-Carlos González Fernández; y la acusación particular SUMINISTROS INDUSTRIALES LEMOS ORENSE, S. L., representado por la Procuradora Doña Sonia Casqueiro Alvarez y defendido por el Letrado Don José Luis Teijeiro Rodríguez.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 1 de los de Orense, instruyó las diligencias previas del Procedimiento Abreviado con el número 4428/2013, contra Millán , y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Orense (Sección 2ª, rollo 9/13) que, con fecha once de Julio de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

" ÚNICO : Se declaran probados los siguientes hechos: El acusado, Millán , mayor de edad y sin antecedentes penales, prestó sus servicios como trabajador de la empresa "Suministros Industriales Lemos S.L.", antes denominada "Luis Lemos", durante el tiempo comprendido



www.civil-mercantil.com

entre el 26 de febrero de 1981 al 23 de octubre de 2007, lugar en el que desempeñaban funciones de contable y de gestión financiera.

Entre los días 12 de septiembre y 20 de octubre de 2007, el acusado, aprovechando la situación de total confianza que tenía en la empresa, procedió, con ánimo de ilícito beneficio, a hacer suyas diversas cantidades de dinero que iba cogiendo de la caja registradora, llegando a obtener de esta forma la suma de 4.927,16 euros.

Para ello el acusado tomaba pequeñas cantidades de la caja, y, a continuación, modificaba los tickets correspondientes a las mismas, bien anulándolos o cambiando el detalle de los productos vendidos.

No ha resultado debidamente acreditado que tal conducta se hubiera producido desde que el acusado comenzó a trabajar en la mencionada empresa"(sic).

Segundo.

La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Que debemos condenar y condenamos al acusado, Millán , como autor responsable de un delito de apropiación indebida a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE OCHO MESES, a razón de ocho euros por día, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y a que, en concepto de responsabilidad civil, indemnice a la empresa "Suministros Industriales Lemos S.L.", la cantidad de 4.927,16 euros, más intereses legales, así como al pago de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular"(sic).

Tercero.

Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, por Millán y SUMINISTROS INDUSTRIALES LEMOS, S. L. , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

Cuarto.

El recurso interpuesto por Millán , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1.- Al amparo del art. 5-4º LOPJ , porque la sentencia que se recurre ha infringido los arts. 18-1º y 10-1º de la CE , así como el 24-2º.-



www.civil-mercantil.com

2.- Al amparo del art. 849.1 y 2 de la LECriminal , por infracción de Ley, en concreto, vulneración de los arts. 252 , 250-1 y 6 del Código Penal , dado que por la cuantía de los efectos aprehendidos no se ha cometido el delito, además de no concurrir la agravante del apartado 6º del art. 250.

3.- Al amparo del número 2 del art. 849 de la LECriminal por haberse producido error de hecho, basado en la apreciación de ciertos particulares de documentos que se señalarán, que demuestra la equivocación del Juzgador y que no han sido contradichos por otras pruebas.

Quinto.

El recurso interpuesto por SUMINISTROS INDUSTRIALES LEMOS, S. L. , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1.- Por infracción de Ley del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender que, dado los hechos probados, se han infringido preceptos penales de carácter sustantivo que deben ser observados en aplicación de la Ley penal vigente.

2.- Por quebrantamiento de forma del nº 3º del art. 851 de la LECr , por no resolverse en la sentencia sobre todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa, al no pronunciarse sobre el concurso real necesario existente con el delito de falsificación de documento mercantil del art. 390 y 392 CP y subsidiariamente sobre la cuestión del posible delito societario del art. 252 CP del Código Penal , así como las agravantes del art. 250.4 , 5 y 6 Código Penal , cuyas cuestiones fueron planteadas por la acusación particular al elevar a definitivas las conclusiones.

3.- Por quebrantamiento en el 2º del artículo 849 de la LECRIM , y en observancia de lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 855 de la referida Ley , toda vez que ha existido error en la apreciación de la prueba en la resolución impugnada, en cuanto a la valoración de las cantidades sustraídas y los daños y perjuicios provocados a la empresa "Suministros Industriales Lemos S.L.".

Sexto.

Instruido el Ministerio Fiscal, interesa la inadmisión a trámite de los recursos interpuestos, por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sétimo.-

www.cef.es

Másteres Cursos Oposiciones Editorial

Barcelona Madrid Valencia



www.civil-mercantil.com

Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día dieciocho de Marzo de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia de instancia condenó a Millán como autor de un delito de apropiación indebida a la pena de dos años y seis meses de prisión y multa de ocho meses con cuota diaria de 8 euros. Contra la sentencia interpone recurso de casación el acusado y la acusación particular.

Recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de Suministros Industriales Lemos.

En el motivo primero denuncia conjuntamente infracción de ley al amparo del artículo 849.1º y quebrantamiento de forma del artículo 851.3º de la LECrim . Señala que la Audiencia afirma en la sentencia que respecto de los delitos de falsificación en documento mercantil, contenido en las conclusiones provisionales que se elevaron a definitivas, y delito societario, aludido verbalmente en el informe, " ningún pronunciamiento cabe efectuar a la Sala desde el momento en que ninguno de los mismos fue objeto del auto de apertura del juicio oral " (sic). Entiende que este pronunciamiento supone una vulneración total y absoluta de la jurisprudencia en relación a si el auto de apertura del juicio oral delimita los delitos que pueden ser objeto de enjuiciamiento. Citando al efecto la STS 513/2007 de esta Sala Segunda. Sostiene que, en consecuencia, el criterio de la Audiencia debe ser anulado para procederse a continuación al análisis de los hechos y de calificación jurídica, que podría incardinarse en el delito societario o en el delito de falsificación en documento mercantil. A continuación, en el motivo, analiza la prueba que considera relevante respecto de los hechos declarados probados y especialmente en relación con la manipulación de los tickets de venta.

1. El principio acusatorio exige la separación total entre las funciones de acusar y juzgar, con lo que se preserva la posición imparcial del Tribunal, y asimismo supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él, en condiciones tales que pueda defenderse, lo que protege especialmente el derecho de defensa. Por lo tanto, es necesaria una correlación entre acusación y sentencia, pues el límite máximo de la última vendrá constituido por el contenido de la primera. La posibilidad real de ejercitar la defensa implica el conocimiento temporáneo de la acusación, imprescindible, pues, para evitar la indefensión. Pero la concreción de los hechos que se contienen en aquella, cuya responsabilidad se atribuye al acusado, y sobre los que se deberá pronunciar el Tribunal, se realiza en las conclusiones provisionales y finalmente en las que se elevan a definitivas en el plenario tras la práctica de las pruebas.



www.civil-mercantil.com

El auto de apertura del juicio oral responde a la necesidad de realizar un previo juicio de racionalidad sobre la consistencia de la acusación antes de autorizar la entrada en la fase de juicio oral, pero la jurisprudencia no le ha reconocido a dicho auto una función decisiva de determinación positiva del objeto del proceso (STS nº 435/2010, de 3 mayo). Es cierto que negativamente puede limitarlo excluyendo del enjuiciamiento aquellos hechos respecto de los cuales entienda pertinente acordar el sobreseimiento en los casos que la ley prevé, pero, salvo esos supuestos, la determinación de los hechos que, calificados como delito, constituyen el objeto del proceso, se realiza a través de los escritos de acusación. En el mismo sentido, en la STS nº 1652/2003, de 2 diciembre , se citaba la sentencia nº 5/2003, de 14 de enero , para recordar que " el auto de apertura del juicio oral, que cumple en el procedimiento abreviado un papel similar al del auto de procesamiento en el ordinario, no condiciona los delitos concretos objeto de enjuiciamiento; que sí vienen determinados por los escritos de acusación ". También, en la STS nº 1027/2002, de 3 junio , se decía que el auto de apertura del juicio oral "... en modo alguno viene a condicionar los delitos concretos objeto de enjuiciamiento ". Finalmente, con significado similar, la STS nº 513/2007, de 19 de junio , citada por el recurrente, en la se afirmaba de forma terminante que " Si el Juez de instrucción, en el auto por el que acuerda la apertura del juicio oral, omite, sin acordar expresamente el sobreseimiento, un delito por el que una de las partes acusadoras formuló acusación, ello no vincula al órgano de enjuiciamiento que deberá celebrar el juicio oral respecto de todos los hechos, con sus calificaciones, contenidos en los escritos de acusación. La parte acusada no podrá alegar indefensión ni vulneración del derecho a ser informado de la acusación, pues el art. 784 prevé que, abierto el juicio oral, se emplazará al imputado con entrega de copia de los escritos de acusación por lo que tendrá pleno conocimiento de la imputación contra él formulada, tanto en su contenido fáctico como jurídico. Si el instructor abre el juicio oral respecto de unos delitos y sobresee expresamente respecto de otros, las partes acusadoras podrán interponer los pertinentes recursos contra la parte del auto que acordó el sobreseimiento ".

2. Las acusaciones particulares presentaron escritos en los que calificaban los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida en concurso con otro delito de falsificación en documento mercantil, mientras que el Ministerio Fiscal calificaba los hechos como constitutivos solamente de un delito de apropiación indebida, elevando a definitivas sus conclusiones en el plenario. En el escrito de una de las acusaciones se imputaba al acusado haber manipulado los tickets de las ventas. Ninguna referencia se hacía en esos escritos a la posibilidad de calificar los hechos como constitutivos de un delito societario.



www.civil-mercantil.com

El Juez de instrucción acordó la apertura del juicio oral, y, si bien en la parte dispositiva se dice que se tiene por formulada acusación por el delito de apropiación indebida, previamente se mencionan las calificaciones de las acusaciones, que contenían ese delito y el delito de falsificación en documento mercantil, y se razonaba que " solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez debe acordarla, a salvo los supuestos de sobreseimiento que no concurren en el presente caso ". Y se daba traslado de las acusaciones a la defensa.

La interpretación del auto de apertura del juicio oral, debidamente contextualizada, y puesta en relación con el contenido de las acusaciones, con las previsiones legales respecto de la obligación de abrir el juicio oral salvo los supuestos de sobreseimiento, expresamente mencionada en el auto, y valorada en relación al silencio del auto sobre esta última posibilidad, conducen a afirmar que no podía entenderse excluida de la apertura del juicio oral la acusación por la comisión de un delito de falsificación en documento mercantil.

Además, como señala la propia acusación particular recurrente, la jurisprudencia de esta Sala no ha entendido que el auto de apertura del juicio oral pueda contener una limitación implícita del objeto del enjuiciamiento, (STS nº 513/2007 , ya citada, que menciona en su sentido la STC 62/1998). Por el contrario, cuando el Juez lo considere procedente, expresamente y, debiendo hacerlo de forma razonada, podrá acordar un sobreseimiento parcial, decisión que pudiera ser objeto del correspondiente recurso.

Por lo tanto, una vez que alguna de las acusaciones recogió en su escrito de conclusiones provisionales una conducta que calificaba como constitutiva de un delito de falsedad en documento mercantil y el Juez de instrucción no acordó expresamente el sobreseimiento respecto de la misma, el Tribunal debió pronunciarse sobre los aspectos fácticos y jurídicos relativos a dicho delito.

En consecuencia, el motivo debe ser estimado. Las consecuencias de tal estimación, en tanto suponen la casación y anulación de la sentencia para que la Audiencia provincial dicte otra en la que resuelva sobre la pretensión de condena, respecto de la que había omitido pronunciarse, hacen innecesario el examen de los demás motivos del recurso de la acusación particular y de todos los motivos del recurso del acusado

Segundo.

Dado el sentido de la anterior decisión, es conveniente examinar uno de los motivos del recurso de casación interpuesto por el acusado, pues su resolución podría condicionar el contenido de la nueva sentencia que habrá de dictar el Tribunal de instancia.



www.civil-mercantil.com

En el primer motivo de su recurso, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ , denuncia la vulneración de su derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la Constitución , así como de los artículos 10.1 y 24.2 de la misma. Argumenta que se ha valorado como prueba una grabación obtenida de forma ilegal, al no existir conocimiento del trabajador ni autorización judicial. Señala que la colocación de cámaras en su despacho sin contar con su autorización ni autorización judicial vulnera su derecho a la intimidad, al invadir el terreno personal y privado, así como la presunción de inocencia al basarse la condena en prueba ilícitamente obtenida, por lo que solicita su absolución.

1. El derecho a la intimidad, derivado de la dignidad de la persona, 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 (STC nº 173/2011 ; STC nº 170/2013 , entre otras muchas). También ha señalado el Tribunal Constitucional que "el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho". (STC 143/1994 , entre otras). Y ha precisado que "... el ámbito de cobertura de este derecho fundamental viene determinado por la existencia en el caso de una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad " (STC 170/2013).

También ha declarado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales , (STC nº 186/2000 , citada por la nº 170/2013).

El Tribunal Constitucional se ha referido en sus sentencias al poder de dirección del empresario, y lo ha considerado "... imprescindible para la buena marcha de la organización productiva -reflejo de los derechos proclamados en los arts. 33 y 38 CE - y se reconoce expresamente en el art. 20 LET; en su apartado 3 se atribuye al empresario la facultad de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 5 ; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5 ; y 241/2012, de 17 de diciembre , FJ 4) ", STC 170/2013, de 7 de octubre).

Por otra parte, aunque ha reconocido que (STC 99/1994, de 11 de abril , FJ 4), que la inserción en la organización laboral modula aquellos derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, ha afirmado también que "... el contrato de trabajo no puede considerarse como un título



www.civil-mercantil.com

legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada " (STC 88/1985, de 19 de julio , FJ 2, citada por la STC 170/2013). Igualmente ha resaltado la necesidad de mantener el adecuado equilibrio entre los derechos del trabajador y las obligaciones que resultan del contrato de trabajo y de su posición en la empresa dentro de la relación laboral, de manera que " la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio [de los derechos fundamentales] ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin" (STC 213/2002, de 11 de noviembre , FJ 7; o SSTC 20/2002, de 28 de enero, FJ 4 ; y 151/2004, de 20 de septiembre , FJ 7) ".

En cuanto a la proporcionalidad, la STC nº 170/2013 , ya citada, recordaba que " para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) ".

2. En el caso, en la sentencia se razona que la instalación de cámaras de grabación por parte del empresario en los lugares de trabajo, estaba justificada, pues "se venía sospechando desde hacía tiempo que faltaba dinero en la empresa, siendo el acusado la persona encargada de la contabilidad y quien llevaba la gestión de la entidad" (sic), y que se instalaron en los lugares en que aquel desempeñaba su trabajo, apreciándose "claramente como el mismo procedía a diario a sustraer efectivo de la caja registradora así como a coger diferentes tickets que se hallaban en un pincho, y a continuación a efectuar operaciones en el ordenador" (sic). Se aclara más adelante que de la grabación resulta que el acusado, tapando con un folio o similar su acción y en presencia en ocasiones de otros trabajadores de su empresa, introducía la mano en la caja registradora tomando billetes de su interior. Asimismo, tiene en cuenta, como prueba de cargo, entre otras que expresamente menciona, la testifical de empleados de la empresa que manifestaron haber presenciado cómo el acusado tomaba dinero de la caja registradora y arrugaba tickets que se metía en el bolsillo y a continuación subía a su oficina.

De lo expuesto se desprende que las cámaras de grabación fueron instaladas al menos en dos lugares diferentes. En uno de ellos estaba la caja registradora, de la que se tomaba el dinero. Del contenido de la sentencia resulta que a ese lugar tenían acceso todos los trabajadores o, al



www.civil-mercantil.com

menos, la generalidad de los mismos, pues varios de ellos declararon haber presenciado la conducta del acusado tomando dinero de la misma. No puede pretenderse una expectativa razonable de intimidad en un lugar de acceso común dentro del desarrollo de las funciones que a cada trabajador le encomiende la empresa dentro de la relación labora. En ese caso, el poder de dirección del empresario, con sus facultades anejas, no incide sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores al colocar cámaras de grabación en zonas comunes y de acceso generalizado en las que se desarrolla la actividad laboral general de la empresa.

Otra cosa ocurre con las cámaras que se instalaran en el despacho del acusado. Del contenido de la fundamentación jurídica se desprende que se trata de una dependencia distinta y separada de la zona general (subía a su oficina, se dice). Aunque no se describe en la sentencia, en principio, un despacho individual es una dependencia atribuida a una determinada persona, de la que depende el consentimiento para facilitar el acceso visual o personal de terceros al mismo. Por ello, en líneas generales, puede afirmarse que el titular del mismo tiene una expectativa razonable de intimidad dentro de su despacho, que puede verse vulnerada si se instalan cámaras de grabación sin su conocimiento.

En el caso, además, no se considera proporcional la medida. Pues, tal como resulta de lo antes reseñado, la empresa ya disponía de los testimonios de otros trabajadores que habían presenciado las sustracciones realizadas por el acusado y la posibilidad de obtener datos suficientes para acreditar su conducta mediante las grabaciones obtenidas por las cámaras instaladas en las zonas comunes. Por lo tanto, el impuesto sacrificio del derecho a la intimidad aparecía desproporcionado en la medida en que no era necesario para la consecución del fin legítimo pretendido.

En consecuencia, se declara que la colocación de cámaras en el despacho del acusado vulneró su derecho a la intimidad, de manera que las imágenes obtenidas de las mismas no podrán ser utilizadas como prueba de cargo.

Nada se opone a la valoración de las demás grabaciones obtenidas de las cámaras instaladas en zonas de acceso general en las que los trabajadores desarrollaban sus funciones laborales.

De la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada resulta que, además de las grabaciones obtenidas de las cámaras instaladas en el despacho del acusado, que no podrán ser valoradas como prueba, el Tribunal disponía de otras pruebas, por lo que no resulta procedente, como se pretende por el recurrente, declarar vulnerada la presunción de inocencia, debiendo resolver el Tribunal de instancia al dictar nueva sentencia, sobre la valoración del resto de las pruebas subsistentes.



www.civil-mercantil.com

El motivo, pues, se estima parcialmente.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como de quebrantamiento de Forma, interpuesto por la representación procesal de Millán , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Orense (Sección Segunda), con fecha 11 de Julio de 2.013 , en causa seguida contra el mismo, por delito de apropiación indebida. Con declaración de oficio de las costas correspondientes a este recurso.

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso de Casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de Forma, interpuesto por la representación procesal de la acusación particular SUMINISTROS INDUSTRIALES LEMOS , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Orense (Sección Segunda), con fecha 11 de Julio de 2.013 , en causa seguida contra Millán , por delito de apropiación indebida; casando y anulando la referida sentencia, y devolviendo las actuaciones a la Audiencia de su origen para que dicte otra sentencia en la que se pronuncie expresamente sobre los aspectos fácticos y jurídicos relativos a la acusación sostenida por dicha acusación particular en relación con la comisión por el acusado de un delito de falsificación de documento mercantil, valorando las pruebas con las limitaciones derivadas de la fundamentación jurídica de esta sentencia de casación. Con declaración de oficio de las costas correspondientes a este recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Miguel Colmenero Menendez de Luarca Manuel Marchena Gomez Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

Voto Particular

FECHA:25/03/2014

VOTO PARTICULAR Que formula el Excmo. Sr. Magistrado d. Antonio del Moral Garcia, respecto de la sentencia nº 239/2014 de fecha 18 de marzo de 2014, recaída en el recurso de casación nº 1666/2013.

I



www.civil-mercantil.com

Entre otras razones para guardar coherencia con un criterio sobre la filosofía que debe inspirar la interpretación del art. 11.1 LOPJ que he exteriorizado en alguna ocasión (STS 569/2013, de 26 de junio) creo necesario aflorar la tesis que defendí en la deliberación sobre un punto en el que se estima parcialmente el recurso del condenado. No creo que fuese prosperable ese motivo referido a la nulidad y prohibición de valoración de una prueba de grabación videográfica por las razones que trato de exponer. Por lo demás coincido con la solución dada al recurso de la acusación particular que ha determinado la nulidad de la sentencia.

La sentencia mayoritaria considera que del material probatorio usado por la Audiencia deben expulsarse las vídeo-grabaciones obtenidas en la "oficina", pues le supone de uso exclusivo del acusado. Se entiende que en esa estricta dependencia existía -usando la gráfica expresión que nuestro Tribunal Constitucional ha tomado prestada del TEDH- una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad lo que acarrea la entrada en juego del derecho fundamental a la intimidad.

Hasta ahí coincido con la sentencia (más allá de que no esté totalmente precisado el nivel de "exclusividad" de esa oficina: en mi argumentación eso resultará indiferente para la solución final; pero no es dato baladí y quizás era más conveniente no pronunciarse sin gozar de esa certeza). Hay que diferenciar zonas y dependencias. No es lo mismo un espacio abierto del centro de trabajo que aquél que puede ser de uso predominantemente individual y personalizado como podría suceder con esa aludida "oficina".

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (en cuya más reciente jurisprudencia se apoya la sentencia mayoritaria - STC 170/2013, de 7 de noviembre) cuando se incide en un derecho fundamental como es la intimidad, se hace indispensable testar para la legitimidad constitucional de la actuación la proporcionalidad (idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto).

Albergo muchas dudas sobre si en este caso concurrían o no los presupuestos que tornan legítima la afectación del derecho fundamental. No puede concluirse de manera rotunda la ilegitimidad de la medida (instalación temporal de una vídeo-cámara oculta en esa "oficina", individual o no). La cuestión es tan controvertida y discutible que sin perjuicio de la solución a la que se llegue sobre el fondo, no puede acarrear el efecto de exclusión procesal de la prueba.

Cuando hablamos de prueba ilícita, debe exigirse usando el paralelismo penal una conducta antijurídica y culpable (aunque sea simple negligencia). No es "ilícita" a estos efectos la acción, ni por tanto la prueba, cuando se ha actuado de buena fe , con la convicción de que la conducta se ajustaba al ordenamiento y sin indiligencia, indiferencia o desidia reprobables.



www.civil-mercantil.com

Indagar sobre el fundamento que en nuestra ley se sustenta la teoría de la prueba ilícita es paso preliminar para esa conclusión. La respuesta a problemas como ahora analizado será distinta según ubiquemos ese fundamento en uno u otro lugar.

a) Explicaré por qué entiendo que en este caso aparece, al menos, como muy dudoso que pueda hablarse de actuación objetivamente ilegítima.

b) De ahí se derivará la ausencia de "ilicitud" entendida como comportamiento culpable por dolo o negligencia.

c) Como corolario se concluirá lo desproporcionado de negar todo valor a ese material probatorio: padece otro derecho fundamental, el derecho a usar los medios de prueba pertinentes. Si se actuó con absoluta buena fe, en la convicción de la legalidad de la medida, no es ni idóneo, ni necesario, ni proporcionado abolir el derecho a usar los medios de prueba adecuados y por ende a una tutela judicial efectiva.

II

He de arrancar de una idea que ya he plasmado en otras ocasiones frente a asuntos similares en los que discrepaba de mis colegas ora para sostener que determinada prueba no debía ser admisible (STS 385/2013, de 18 de abril); ora en el sentido justamente inverso como sucede aquí. Es tarea pendiente reformular la doctrina sobre la prueba ilícita ya felizmente asentada, aunque poco pulimentada en algunos puntos. No para cuestionarla, sino para identificar sus raíces y desde ahí definir de forma congruente sus contornos y consecuencias. En nuestro ordenamiento el primer hito de tal regla lo encontramos en una conocida STC de finales de 1984. Plasmó luego en un único precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial (aparte de desarrollos más procedimentales: legislación procesal civil o laboral). El art. 11.1 LOPJ , muy sintético contiene alguna expresión susceptible de lecturas diversas. Han sido los Tribunales, muy particularmente el Constitucional, quienes han ido delimitando sus excepciones, matices, y aplicaciones, con soluciones que, a veces, al menos en apariencia, parecen contradictorias o, no del todo lógicas. Es necesario ubicar con claridad el fundamento de regla de exclusión. Solo desde esa premisa se puede lograr un desarrollo coherente, que respete en cada caso la raíz última de la teoría (profilaxis preventiva o fundamento ontológico).

Si no se sientan bien esas bases se corre el riesgo -y ejemplos de ello existen- de convertir la teoría en un dogma irracional, e ininteligible haciéndola objeto de una idolatría poco meditada que se volverá en contra de los propios derechos fundamentales del hombre a los que quiere servir.



www.civil-mercantil.com

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 eficaz 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 y también el particular, percibe nítidamente la inutilidad de esa actuación y se estimula el escrupuloso cumplimiento de todas las garantías por quienes toman parte en una investigación.

En el planteamiento anida una cierta inconsecuencia lógica: se derivan efectos epistemológicos de una cuestión deontológica.

Se puede convenir que esa traición a la lógica es acertada en cuanto se le asigna una función preventiva. Puestos en la balanza los valores enfrentados, 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 tutela de los derechos fundamentales y ahuyenta en mayor grado la tentación de actuaciones ilegales.

La doctrina de la prueba ilícita supone renunciar a conocimientos verdaderos en aras de otra finalidad que exige ese sacrificio que 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".

Tras la teoría de la prueba ilícita late como en tantos casos 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: 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 no ya correcta sino 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



www.civil-mercantil.com

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).

Una muy laxa interpretación de la cláusula de exclusión no se limita a "reforzar" los derechos fundamentales, sino que por esencia, por definición ese supuesto "refuerzo" (la exclusión de la prueba lícita no "restaura" el derecho violado; solo previene futuras violaciones: la declaración de ilicitud de unas escuchas telefónicas no repara la intromisión en la intimidad, más de lo que repara el derecho a la vida, una condena por delito de homicidio: disuade de atentados futuros pero no devuelve la vida) siempre es a costa de "recortar" otros derechos fundamentales como es el derecho a usar los medios de prueba pertinentes e indirectamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

III

En otros sistemas (como el norteamericano: decisiones de la Corte Suprema, Stone v. Powell , 1976; U.S. v. León, 1984; III 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.

Precisamente por la indefinición de su fundamento, se producen excesos en mi opinión en el manejo práctico de esa teoría, cuya implementación, por otra parte, tantos efectos benéficos ha traído en relación a una tutela eficaz y no puramente retórica de los derechos fundamentales. Esos excesos son fruto a veces de cierta ambigüedad sobre su fundamento. Pero por idénticas razones aparecen brechas bienintencionadas en su aplicación, que traicionan el principio animadas por el deseo de amortiguar "escándalos sociales".

Tan perturbadores me parecen los excesos como los déficits. Aquéllos porque pueden convertirse en el principal enemigo de la regla de exclusión, al socavar su crédito social. Unas pocas decisiones mal sustentadas pueden laminar la conquistada aceptación de esa garantía



www.civil-mercantil.com

que nos protege a todos. Los déficits, obviamente, porque abren orificios en un sistema sólido de protección de los derechos fundamentales.

La relativa indefinición del alcance de la doctrina de la prueba prohibida viene siendo germen de soluciones incongruentes, a veces poco inteligibles para el profano -y para el jurista- y contradictorias entre sí; y otras veces -demasiadas- de respuestas dispares que también ocasionan perplejidad como en este asunto concreto en que la decisión de la jurisdicción laboral, al menos según se intuye de la lectura de los autos, ha discurrido por una senda opuesta a la que mantiene la sentencia mayoritaria.

Necesitamos esa reflexión sobre los objetivos a alcanzar con ese mecanismo de expulsión de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, para discriminar entre los mecanismos aptos para los fines pretendidos (sistema procesal garantista, efecto disciplinario sobre la práctica policial y judicial) y otros que nada aportan a ese objetivo y que puedan resultar ininteligibles; indemnización por prisión preventiva y prueba ilícita; prueba ilícita que acredita la inocencia que parece ceder ante un sólido cuadro probatorio...).

IV

Me he remontado deliberadamente a esas ideas que parecen distanciarse mucho del tema concreto a analizar. Lo considero necesario para detectar la raíz de la discrepancia. Sirva esta observación como disculpa por la extensión de mis razonamientos, que quizás también se explican por la naturaleza de un voto particular que permite visibilizar más descarnadamente los propios criterios sin comprometer la opinión de los demás integrantes del Tribunal.

Mi premisa de partida: tan solo desde la concepción de la regla de exclusión como una medida profiláctica (prevenir atentados de derechos fundamentales, generando un fecundo efecto disuasorio), se puede explicar de forma coherente la medida y se alcanzan soluciones ponderadas y equilibradas. Esa es la clave para enfocar los problemas concretos en los que como en tantas otras materias jurídicas hemos de movernos con la herramienta de la ponderación. No estamos ante un dogma que no admite excepciones, sino ante la necesidad de ponderar.

Cuando hablo de ponderación no estoy pensando en contraponer el valor de los bienes jurídicos afectados por las conductas (intimidad versus libertad sexual, vida, integridad física, propiedad: es decir el delito concreto que se deja de sancionar). Ese tipo de ponderación se admite en otros ordenamientos (la gravedad del delito modula la regla de exclusión). Pero no es esa la perspectiva adoptada por el art. 11.1 LOPJ . Si en este caso se concluye como hace la mayoría, que la prueba era inutilizable es indiferente que lo que se haya descubierto mediante



www.civil-mercantil.com

la videovigilancia sea una sustracción, un acto de acoso o agresión sexual, o el descuartizamiento de un cadáver. La prueba no sería utilizable. El argumento, si se quiere ser coherente, no puede discurrir por esos derroteros tan emotivos 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 fundar una 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, resultan estadísticamente despreciables. 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 regla sin lógica interna. La ponderación entre esos objetivos y el sacrificio realizado es en lo que pienso.

V

El sobredimensionamiento de la regla de exclusión no es una cuestión de pura legalidad en la que existirá una sobreprotección quizás improcedente de un derecho fundamental que no genera inquietud, y que es preferible a la situación contraria (recorte infundado del derecho fundamental). En ese escenario habría que promover siempre la interpretación extensiva de la regla de exclusión: el favor libertatis, como criterio exegético, alentaría a ello.

Esa visión me parece profundamente equivocada.

De una parte porque la cláusula exclusionaria no protege actualmente sino potencialmente derechos fundamentales. No restaura el derecho fundamental ya violado; sencillamente previene de futuros atentados a derechos; fortalece institucionalmente el sistema de tutela de



www.civil-mercantil.com

derechos fundamentales y libertades públicas; y lo hace de una forma que hoy por hoy se me antoja irrenunciable.

De otra parte, porque la regla de exclusión siempre por definición supone el sacrificio de otro derecho fundamental: el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE). El conflicto no se suscita entre un derecho fundamental y un tema de justicia legal (ius puniendi del Estado). Ese es un enfoque errado que trivializa el conflicto, maltratando la lógica interna de la exclusión al imponer una interpretación de ella lo más laxa posible.

El conflicto al que habrá que aplicar balancing test se sitúa entre un sistema preventivo de protección eficaz de derechos fundamentales (no del derecho fundamental concreto que ya estará violado: la intimidad, la inviolabilidad del domicilio...); y el derecho de las partes a utilizar medios de prueba para obtener la tutela judicial efectiva, y alcanzar la respuesta "justa" no solo en cuestiones de justicia legal (derecho penal), sino a veces también en temas de estricta justicia conmutativa. Declarar ilícita una prueba en un delito contra la salud pública impidiendo su sanción penal no arrastra consecuencias tan graves como para prescindir de ese mecanismo de tutela. Pero cuando lo que se impide de esa forma, por un fallo de los agentes del Estado que no han sido respetuosos con las reglas del juego, es dar la respuesta adecuada a un desfalco de muchos millones de euros efectuado a un particular, o a la Administración, el sistema se resiente más pues se están sacrificando otros derechos concretos.

No digo que en esos casos deba ceder esa regla. En absoluto. Pero sí que postular su aplicación equilibrada (a todos los casos en que proceda, sean cuales sean las consecuencias; pero solo a los casos en que proceda) no es fruto de reticencias o recelos frente a un sistema de protección de derechos fundamentales, sino exigencia imprescindible para no menoscabar otros derechos de igual rango sin una justificación proporcionada lógica y clara.

Me parece simplista y a la larga disfuncional la idea de que en la duda hay que primar el derecho fundamental supuestamente afectado y excluir la prueba. No: de esa forma estamos incidiendo en otros derechos fundamentales. Por tanto se hace indispensable la ponderación y afinar los mecanismos exegéticos. Insisto de nuevo: si procede la exclusión, hay que estar a ella sin que nos condicione ni la gravedad del delito, ni las consecuencias... Compensa globalmente. El mandato de optimización de disfrute de derechos fundamentales es elemental regla de exégesis en esta materia.

VI

Estamos ante un tema de inequívoco alcance constitucional por lo que las pautas a las que ha de guardar fidelidad este Tribunal, no solo como tributo debido a la seguridad jurídica, sino



www.civil-mercantil.com

especialmente por respeto al principio de legalidad - art. 5.1 LOPJ - son las consagradas y reiteradas por el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la norma suprema del ordenamiento. A impulsos de sus resoluciones en materia de amparo ha apuntado el anclaje constitucional de la exclusión de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales; y ha pergeñado las excepciones que legítimamente pueden y deben admitirse. Entre esas excepciones se encuentran la falta de conexión de antijuridicidad cuando se trata de prueba refleja; o la buena fe del agente.

En el asunto ahora examinado la interpretación teleológica (fundamento de la prueba ilícita); y la jurisprudencial (doctrina del TC); así como la ponderación de los intereses en juego, conducen en mi opinión a considerar que la prueba excluida no debía declararse inutilizable. Soy consciente de que en el caso concreto las consecuencias pueden ser nimias, si es que se deriva alguna a la vista del marco probatorio existente. Pero me suscita inquietud la generalización de esa doctrina.

Confluyen varias singularidades que creo que sustraen el supuesto del ámbito del art. 11.1 LOPJ :

a) 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, 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 un particular. También en el proceso civil (vid. art. 287 LEC) o en el laboral 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 más 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).

b) Estamos aquí ante un supuesto en el que es especialmente complicado determinar si ha existido en efecto una violación no tolerada legalmente del derecho fundamental "intimidación". No soy tan osado como para tachar de errada la posición de la mayoría. Pero sí al menos considerar que la afirmación de que en este caso la videograbación efectuada supone una



www.civil-mercantil.com

"ilegalidad" es discutible, y muy poco nítida a la luz de la legislación y jurisprudencia actuales. Las afirmaciones de la sentencia mayoritaria si se llevan a sus últimas consecuencias suponen afirmar que estamos objetivamente ante un delito del art. 197 CP castigado con pena de hasta cuatro años de prisión. Huelga decir, no ya que es un delito solo perseguible mediante denuncia del agraviado, sino, sobre todo, que resultaría palmaria la presencia de un error de prohibición exculpante. Aunque la consolidación, reiteración y afianzamiento de la tesis mayoritaria acabaría por desactivar la capacidad de defenderse a través de esa vía (salvo que se otorgase a la modesta opinión vertida en este voto particular -que no creo- la virtualidad para entender que el error sigue siendo disculpable precisamente por el hecho de que juristas como el que suscribe estas páginas, participamos de esa errónea interpretación).

c) Desde esas dos premisas arribamos naturalmente al punto final -y en el fondo nuclear- de la solución que consideraba procedente en este caso: lo controvertido de la cuestión -si la obtención del video fue o no legal- permite sostener que el agente actuó de buena fe. Por tanto, sea cual sea la conclusión que alcancemos en el tema nuclear, debía admitirse la prueba, pues ni concurre en ese caso el fundamento de la regla, ni nos ajustaríamos a lo que es la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5.1 LOPJ), aún sin desconocer que es doctrina no reiterada, aunque tampoco desmentida, ni revocada.

VII

Se afectó al derecho a la intimidad, en su concepción más amplia, al fijar una vídeo cámara en esa "oficina". Incluso en la hipótesis de que fuese una "oficina" compartida con otras personas. Intimidad y privacidad son graduables. Existen reductos más íntimos que otros; y expectativas mayores o menores según el espacio.

Ahora bien, la incidencia en la intimidad ni lleva inexorablemente a la necesidad de intervención judicial, ni es siempre ilegítima. Hay infinitos casos de afectación de la intimidad que cuentan con respaldo legal sin necesidad de autorización judicial: desde la declaración de un testigo revelando a la policía cuestiones que ha presenciado en el domicilio de un tercero al que había accedido, por invitación de aquél; hasta la aportación de la grabación subrepticia efectuada por uno de los partícipes de una conversación realizada confidencialmente... Parece ésta una idea elemental.

En las relaciones entre particulares, como se ha dicho antes, las exigencias de la doctrina de la prueba ilícita son más débiles porque las necesidades de protección y la potencialidad de agresión son en principio menores. Normalmente basta con las sanciones penales o en su caso reacciones civiles. En este caso eso es importante, aunque no se me oculta que en la relación



www.civil-mercantil.com

empresario- trabajador existe un matiz diferencial que introduce algún desequilibrio y no permite hablar de plena horizontalidad. Pero no son iguales las limitaciones que la policía tiene en su labor de investigación de un delito, que las que en esta materia (vídeo grabación) podría tener un particular.

Qué son intromisiones ilegítimas en la intimidad (y por ende su reverso: cuáles son legítimas) viene definido tanto por el Código Penal como por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. No hay tal cuando la actuación se apoye en la ley. Las intromisiones ilegítimas están especificadas en el art. 7 LO 1/1982 . Sin entrar ahora en su condición o no de numerus clausus, se habla de vida íntima (que introduce un factor diferencial respecto de la pura intimidad) y de lugares o momentos de su vida privada.

En materia de relaciones laborales el Estatuto de los Trabajadores y su art. 20 son de cita obligada. Es conocido que sobre esta materia ha recaído una nutrida, aunque no lineal, jurisprudencia constitucional (SSTC 186/2000, de 10 de julio , 98/2000, de 10 de abril). Es lógica esa aparente oscilación pues la materia de ponderación siempre es casuística. La sentencia de instancia citaba un pronunciamiento. Con posterioridad han recaído otras: una es recopilada en la sentencia mayoritaria. No sobra tampoco evocar la STC 29/2013, de 11 de febrero .

Un dato clave es que no estamos solo ante un tema laboral. No se trata de un sistema de vídeo grabación establecido con carácter estable y preventivo, lo que exigiría advertir a los afectados. Si es subrepticio un sistema preventivo de control en un lugar individual difícilmente podrá justificarse.

Pero estamos ante una cámara instalada de manera puntual con el objetivo de descubrir un delito. Concurren indicios y razones para pensar que de esa forma se iba a poder no solo esclarecer; sino también evitar la continuidad de la actuación delictiva. No se trata solo de sancionar (descubrir el delito cometido), sino de que la víctima quiere abarcar con el atentado en su patrimonio que persiste. No nos movemos en el territorio de la prevención, o del control laboral, sino de defensa del propio patrimonio: recordemos la mención específica que en el art. 20.4º CP se hace a la legítima defensa de los propios bienes.

Eso cambia sustancialmente la perspectiva y los factores de ponderación para decidir si la Ley (toda la Ley) en ese caso amparaba esa invasión puntual en la intimidad.

En otro orden de cosas hay que sopesar que la invasión en la intimidad no lo era en un área especialmente sensible. Algún ejemplo. No creo que quepa nunca ese tipo de vídeo grabación como axioma general en la zona de servicios higiénicos (así se ha dicho en alguna ocasión por



www.civil-mercantil.com

esta Sala, STS 620/1997, de 5 de mayo). No es lo mismo el despacho u oficina de una empresa, que el propio domicilio. Hay ámbitos más intangibles, en los que es más fuerte la expectativa de privacidad.

También existe intromisión en la intimidad cuando la titular de una vivienda que descubre que desaparecen algunos objetos o joyas y albergando sospechas frente a la interna, en el momento adecuado acude a su dormitorio y fisgonea sus cajones personales. No creo que el hallazgo de las pruebas -alguna de las joyas- pudiese ser tildada de ilícita. Y no hay duda de que ha quedado afectada la intimidad. Con alguna imaginación vienen a la cabeza supuestos similares que no son en absoluto insólitos en la práctica (en casos de hurto, o de obtención ilegítima de imágenes de otros a través del móvil).

VIII

Ante estos factores el juicio de proporcionalidad que exige el TC en la sentencia invocada por la mayoría no creo que pueda resolverse de forma tan clara e indubitada. Hay muchos elementos concurrentes que alimentan también la decisión contraria: la necesidad hay que medirla ex ante y no ex post. Es evidente que a posteriori podemos considerar que no era estrictamente indispensable esa cámara. Pero hay que situarse en el momento anterior para realizar ese juicio. Y además, "necesario" no es sinónimo de "indispensable" (STEDH de 7 de diciembre de 1976). También una intervención telefónica ex aminada ex post puede hacer concluir que bastaba la escucha de un teléfono y no varios. Pero no es esa la forma de valorar.

Si además, se está exigiendo esa ponderación a un particular hay que colocarse en su posición (como se hace en la legitimada defensa). No le es exigible un riguroso análisis dogmático de la proporcionalidad con su triple vertiente.

Los elementos apuntados condicionan el juicio sobre la proporcionalidad: se trataba de abortar una actividad delictiva persistente; es distinta la captación solo de imágenes que de la voz más imágenes (la primera es mucho menos invasiva); la grabación se dispone y autoriza por el titular del establecimiento; es una zona que no siendo ajena al acceso a cierta privacidad, no está anudada inexorablemente a la intimidad: es un espacio al que no sería infrecuente el acceso de otras personas (llamando a la puerta educadamente...o no) Nótese que la legislación sobre videovigilancia permite a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad la instalación de aparatos de grabación de imágenes en un domicilio o en zonas particulares cuando existe consentimiento del titular del establecimiento (art. 6.5 LO 4/1997, de 4 de agosto). Aquí indudablemente existía autorización del titular del lugar privado donde se efectúa la grabación.



www.civil-mercantil.com

¿Estaba justificada y tenía soporte legal la instalación de esa vídeo cámara? Repito: no me atreveré a contradecir el criterio de la mayoría de mis colegas sobre este punto; pero sí, al menos, a considerar que es cuestión en la que con sólidos argumentos puede sostenerse la tesis opuesta.

IX

Con esto conecto -ya, ¡por fin!- con el argumento decisivo: 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 actuando de buena fe, como consecuencia quizás de una legislación confusa o jurisprudencia poco clara, quien está siendo víctima de un delito acude a un detective y aconsejado por él instala en el establecimiento del que es titular y en zonas no especialmente sensibles unas video cámaras aptas para averiguar si las sospechas fundadas que albergaba frente a un trabajador se confirman.

¿Le era exigible que distinguiese zonas y espacios? Desde luego que consultando la guía de videovigilancia que la Agencia de Protección de Datos tiene publicada de forma didáctica y clara precisamente para orientar al ciudadano, no hubiese encontrado respuesta a ese interrogante.

Estamos ante un caso cristalino en que la excepción de la buena fe (todavía más predicable de los particulares que de un agente de la autoridad supuesto en el que reconozco que pueda despertar lógicas suspicacias la admisión de esa excepción) debe suponer la suspensión in casu de la regla del art. 11 LOPJ . No ha habido, al menos en su componente subjetivo, una vulneración ni dolosa ni negligente de derechos fundamentales. La prueba puede ser valorada pues está ausente el fundamento de la regla de exclusión.

La expulsión infundada de esa prueba supone lesionar otro derecho fundamental: el de usar los medios de prueba pertinentes.

X

La STC 22/2003, de 10 de febrero ha admitido, esa 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,



www.civil-mercantil.com

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. " .

Por estas razones había debido desestimarse el motivo articulado sobre tal punto por el acusado recurrente.

Antonio del Moral García

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Miguel Colmenero Menendez de Luarca, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.