



AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN 4ª

ROLLO N° 162/13
DILIGENCIAS PREVIAS N° 275/08
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN N° 5

A U T O N° 172/13

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DÑA. ÁNGELA MARÍA MURILLO BORDALLO (Presidente)

DÑA. CARMEN PALOMA GONZÁLEZ PASTOR

DON JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO (Ponente)

En Madrid, a veintiocho de junio de dos mil trece.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Central de Instrucción n° 5, en las Diligencias Previas n° 275/08, se dictó el día 24-5-2013 auto, en cuya parte dispositiva acordó denegar la solicitud de nulidad y declaración de ilicitud de prueba planteada por la representación procesal del imputado Francisco Correa Sánchez mediante escrito registrado en fecha 8-3-2013, por las razones que se argumentan en la fundamentación del mencionado auto.

Contra dicho auto se interpusieron los siguientes tres recursos de apelación, por las representaciones de otros tantos imputados:

1.- Por el Abogado D. José Antonio Choclán Montalvo, en nombre y representación del imputado **Francisco Correa Sánchez**, en escrito presentado y fechado el día 29-5-2013, en el que solicita que se deje sin efecto la resolución combatida y se dicte otro auto en su lugar por el que se declare: a) Que las grabaciones aportadas con la denuncia formulada por D. José

Luis Peñas Domingo fueron obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, acordando su expulsión de la causa; b) La exclusión probatoria y nulidad de las actuaciones que deriven directa o indirectamente de la prueba nula, y en particular, se declare la nulidad de la investigación policial, fiscal y judicial iniciada en este proceso, así como la posterior práctica de diligencias probatorias que no se hubieran obtenido razonablemente, sin la vulneración inicial del derecho a la intimidad, y c) La formación de una nueva pieza separada de nulidad para determinar la conexión de antijuridicidad de las demás actuaciones con la prueba ilícitamente obtenida.

2.- Por el Procurador D. Carlos Sandeogracias López, en nombre y representación del imputado **Antoine Sánchez**, en escrito presentado el día 30-5-2013, fechado un día antes, en el que solicita la revocación del auto dictado y la declaración de nulidad e ilicitud de la prueba de los CDS grabados y regrabados por el Sr. Peñas Domingo.

3.- Por la Procuradora D^a Cayetana de Zulueta Luschinger, en nombre y representación del imputado **Pablo Crespo Sabarís**, en escrito fechado el día 29-5-2013, en el que solicita la declaración de nulidad del auto recurrido, revocándolo y dejándolo sin efecto y, en su lugar, se acuerde estimar la solicitud de nulidad y declaración de ilicitud de prueba planteada por la representación procesal de Francisco Correa Sánchez mediante escrito registrado en fecha 8-3-2013 y, en consecuencia, se proceda a declarar la nulidad e ilicitud de la prueba a que se refiere y que es objeto del indicado escrito.

SEGUNDO.- De los tres referidos recursos de apelación se acordó el día 5-6-2013 dar traslado a las restantes partes personadas, a efectos de adhesión e impugnación.

Se adhirieron a los recursos de apelación los siguientes imputados:

1.- **Benjamín Martín Vasco**, representado por la Procuradora D^a Sofía Pereda Gil, en escrito presentado el día 11-6-2013, fechado un día antes.

2.- **Luis Bárcenas Gutiérrez**, representado por el Procurador D. Luis de Villanueva Ferrer, en escrito presentado y fechado el día 11-6-2013.

3.- **Guillermo Ortega Alonso**, representado por la Procuradora D^a Margarita López Jiménez, en escrito presentado el día 11-6-2013, fechado un día antes.

4.- **Jesús Sepúlveda Recio**, representado por el Procurador D. Luis de Villanueva Ferrer, en escrito presentado y fechado el día 11-6-2013.

5.- **Alfonso Bosch Tejedor**, representado por el Procurador D. Álvaro de Luis Otero, en escrito presentado el día 11-6-2013, fechado un día antes.

6.- **Alberto López Viejo**, representado por la Procuradora D^a Beatriz González Rivero, en escrito presentado el día 11-6-2013, fechado un día antes. Y

7.- **Ramón Blanco Balín**, representado por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en escrito presentado el día 12-6-2013, fechado un día antes.

En cambio, impugnaron los recursos de apelación interpuestos las siguientes acusaciones:

1.- **El Ministerio Fiscal**, en escrito presentado el día 11-6-2013, fechado un día antes.

2.- La acusación popular de **Ángel Lunas González y otros**, representada por el Procurador D. Roberto Granizo Palomeque, en escrito presentado el día 11-6-2013, fechado un día antes.

Seguidamente, se acordó el 18-6-2013 remitir a este Tribunal las actuaciones testimoniadas, a los efectos de resolución de los recursos de apelación pendientes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones testimoniadas el día 19-6-2013, se formó el rollo n^o 162/13 y se señaló para que tuviera lugar la correspondiente deliberación el día 27-6-2013, sin necesidad de celebración de la vista solicitada por una de las partes recurrentes, quedando entonces los autos pendientes de la correspondiente resolución.

Ha actuado como ponente el Magistrado Iltmo. Sr. D. Juan Francisco Martel Rivero.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Impugnan las representaciones procesales de los imputados **Francisco Correa Sánchez, Antoine Sánchez y Pablo Crespo Sabarís**, con la adhesión de otros siete imputados, el auto dictado el día 24-5-2013 por el Magistrado Instructor, denegatorio de la solicitud de nulidad y declaración de ilicitud de prueba planteada por la representación del primero de los apelantes nombrados en el escrito que presentó el día 8-3-2013.

Para formar un correcto entendimiento y adoptar una ajustada decisión debemos, pues, partir de las pretensiones formuladas por dicha parte recurrente en su previo escrito de fecha 8-3-2013, especialmente porque en los recursos de apelación interpuestos y en las adhesiones a los mismos de manera constante se alude al referido escrito, bien expresamente o bien de modo implícito.

A través de dicho escrito interesando la nulidad de las iniciales actuaciones de la causa, la parte solicitante sostiene que ha de expulsarse del procedimiento toda la prueba que, a su entender, ha sido obtenida con lesión de derechos fundamentales del peticionario, por vulneración del artículo 18.1 de la Constitución (derecho a la intimidad personal) en relación con el artículo 24.1 y 2 de la Constitución (derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías). Entiende la parte solicitante que el origen de las actuaciones es un atentado a la intimidad personal que resulta de la grabación continuada y subrepticia de conversaciones privadas por el interlocutor Sr. Peñas Domingo y su posterior utilización para el inicio de la instrucción y como soporte para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la Constitución. Se hace con ello referencia a la denuncia formulada por José Luis Peñas Domingo el día 6-11-2007 ante la UDEF (Unidad Central de Policía Económica y Fiscal), ampliada el 21-11-2007, luego ratificada en la Fiscalía Anticorrupción el día 28-5-2008 y más tarde ante el Magistrado Instructor el día 20-11-2008, una vez incoadas el 6-8-2008 las Diligencias Previas nº 275/08, ante la denuncia interpuesta por el Ministerio Fiscal dos días antes. En aquella comparecencia-denuncia, el Sr. Peñas Domingo

aportó un índice de las grabaciones de conversaciones de 15 reuniones mantenidas por el mismo con Francisco Correa, Pablo Crespo, Isabel Jordán, Juan José Moreno, Pedro Fuster y Álvaro Pérez en los años 2006 y 2007 (desde el 7-2-2006 hasta el 15-10-2007), entregando asimismo un CD con dichas conversaciones, que posteriormente han sido transcritas por orden judicial. Para la parte solicitante de la nulidad de tales grabaciones, su ilicitud radica en que su obtención se efectuó de modo ilícito, sin conocimiento ni consentimiento de los afectados, de conformidad con lo establecido en la doctrina constitucional que aborda la indebida invasión del ámbito privado constitucionalmente protegido; por lo que al tratarse de una prueba ilícita, debe expulsarse del procedimiento, junto con la restante prueba derivada de aquellas iniciales grabaciones subrepticias, sistemáticas y continuadas.

Centrada así la cuestión objeto de debate, a pesar de la similitud del planteamiento de los tres recursos de apelación interpuestos, seguidamente expondremos un resumen de los argumentos empleados en cada uno de ellos.

1.- La representación del imputado **Francisco Correa Sánchez** considera que la resolución impugnada debe ser revocada y dejada sin efecto por varias razones. En primer lugar, porque está basada en la obligación legal de denunciar los delitos de que se tuviera conocimiento, establecida en el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando en el supuesto de que se trata las grabaciones subrepticias no se hicieron para obtener pruebas con fines nobles, como podrían ser la evitación de un acoso y el desenmascaramiento de un chantaje, sino que se provocaron conversaciones en un ambiente reservado y durante largo tiempo para prefabricar los soportes con los que luego formular una denuncia, ya por propia iniciativa o de acuerdo con terceros. En segundo lugar, porque no es de aplicación al Sr. Peñas Domingo la obligación de denunciar establecida en el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues no presencié la perpetración de algún delito, como tampoco le afecta la misma obligación recogida en el artículo 262 del referido Texto legal, ya que por razón de un cargo, profesión u oficio no tuvo noticia de ningún delito público que le obligara a denunciar. En tercer lugar, porque de seguirse el criterio del Instructor, se haría de peor condición a un periodista (a quien asiste el derecho y el deber constitucional de informar) que a un ciudadano al que -según la parte recurrente- sólo animan móviles espurios, sin finalidad constitucionalmente legítima, para colocar aparatos de escucha con fines de captar conversaciones provocadas. En cuarto lugar, se combate el auto recurrido porque hasta que la representación de otro de los imputados (el Sr. García Pozuelo) planteó sus dudas sobre la posible manipulación de las cintas y grabaciones, lo que está pendiente de quedar

determinado, siempre se tuvieron por válidas las mismas en sede judicial. Y en quinto lugar, sostiene la parte recurrente que los argumentos jurisprudenciales expresados por el Instructor en el auto recurrido no desvirtúan la doctrina jurisprudencial expuesta en el inicial escrito de solicitud de nulidad, que se ratifica, reiterando que la captación de forma subrepticia y continuada en domicilios privados de conversaciones mantenidas en la confianza y amparo que proporciona el ámbito familiar, distan del móvil altruista que se esgrime en el auto recurrido.

2.- La representación procesal del imputado **Antoine Sánchez** incide en que, contrariamente a lo que sostiene el Ministerio Fiscal, el denunciante Sr. Peñas Domingo no grabó las conversaciones que aportó a la Policía para poder denunciar unos hechos, sino que lo hizo porque le habían expulsado del Partido Popular, según se extrae de su primera comparecencia-denuncia, careciendo por completo de legalidad la grabación, regrabación y volcado de las conversaciones, y siendo inviable su utilización en un proceso por la ruptura de la cadena de custodia.

3.- Finalmente, la representación procesal del imputado **Pablo Crespo Sabarís** basa la impugnación del auto que combate en nueve sucintos motivos, muchos de ellos interrelacionados. En primer lugar, considera que no es necesario esperar al plenario para hacer pronunciamientos sobre diligencias de investigación presuntamente ilícitas, pues mantener esta última postura podría suponer el legitimar cualquier actuación ilegal porque los infractores sabrían que, como mucho, sólo sería el Tribunal sentenciador el que acabaría deslegitimando la ilicitud. En segundo lugar, entiende la parte apelante que el auto combatido debió abordar la cuestión de la posible ilicitud de aquellas primeras conversaciones grabadas mediante las correspondientes diligencias que determinarían los verdaderos motivos de la decisión de grabar y clarificarían lo que el Sr. Peñas Domingo hizo con las grabaciones originales y, en su caso, si éstas fueron manipuladas o excluidas algunas de ellas. En tercer lugar, abundando en la materia tratada en el primer motivo de recurso, insiste en que no concurre impedimento legal alguno para desechar en la fase instructora aquellas diligencias de comprobación vulneradoras del principio de la buena fe y que hayan violentado los derechos y libertades fundamentales, como prevén los artículos 11, 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En cuarto lugar, se sostiene que el deber de denunciar los hechos constitutivos de delito, previsto en el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede prevalecer sobre el derecho fundamental a la intimidad de los participantes en las conversaciones grabadas, reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución. En quinto lugar, sobre el argumento de

extemporaneidad planteado en el auto recurrido para hacer valer la posible nulidad de las actuaciones por concurrencia de prueba ilícita, recuerda la parte recurrente que en el procedimiento penal no existen reglas preclusivas estrictas, sin que pueda quedar al arbitrio judicial un mecanismo de defensa que puede usarse por no estar prohibido. En sexto lugar, ya ceñida al fondo de la cuestión debatida, la parte recurrente sostiene que el auto impugnado no ha tenido en consideración los abundantes argumentos que se daban en el inicial escrito de 8-3-2013 ni en los posteriores de otras defensas sobre la vulneración del derecho a la intimidad de las personas subrepticamente grabadas, sin que pueda admitirse la validez de unas pruebas obtenidas por métodos proscritos por las leyes. En séptimo lugar, se critica el auto apelado porque omite entrar en el fondo de lo que apunta, acerca de fundamentar adecuadamente el porqué la vulneración del derecho a la intimidad de las personas ilegítimamente grabadas no puede ser opuesta frente al autor de las grabaciones. En octavo lugar, entiende la parte recurrente que antes de legitimar la validez de las grabaciones efectuadas o de remitir la calificación de dicha validez a instancias superiores, debe ordenar este Tribunal que el Magistrado Instructor proceda a desarrollar la actividad de comprobación específica que el caso requiere, dando oportunidad de pedir las diligencias de investigación que las partes consideren ajustadas a Derecho para averiguar los pormenores de aquellas grabaciones. Y en noveno lugar, relacionado con lo anterior, para un mayor conocimiento de lo acaecido, debiera acelerarse la conclusión de los estudios fonográficos que son de rigor, a efectos de proceder a la valoración conjunta de la abultada cantidad de contenidos que tienen las grabaciones cuestionadas.

Por todo lo cual los recurrentes solicitan la revocación de la resolución recurrida y su sustitución por otra que acuerde estimar la solicitud de nulidad y la declaración de ilicitud de prueba planteada por la representación procesal del primero de los recurrentes nombrados en su escrito presentado y fechado el día 8-3-2013, acordando asimismo la expulsión de la causa de las grabaciones aportadas con la denuncia formulada por José Luis Peñas Domingo, por haberlas obtenido con vulneración de derechos fundamentales; nulidad que debe extenderse a las diligencias de investigación que no se hubieran obtenido sin aquella vulneración inicial del derecho a la intimidad, con formación de nueva pieza separada de nulidad para determinar la conexión de antijuridicidad de las demás actuaciones con la prueba ilícitamente obtenida.

SEGUNDO.- Una vez analizados los densos escritos presentados por las partes personadas y confrontados con el

testimonio de actuaciones remitido, este Tribunal concluye que los recursos de apelación interpuestos no pueden prosperar, por las razones que a continuación pasamos a explicar.

A) Inicialmente, no podemos compartir la tesis de los apelantes acerca de la aplicabilidad al supuesto analizado de la doctrina jurisprudencial constitucional sobre invalidez de la prueba obtenida mediante la técnica periodística de la "cámara oculta", puesto que ni desde la perspectiva objetiva ni desde el punto de vista subjetivo se trata de casos parangonables con el que es objeto de recurso. En estos recursos examinamos la actuación de un particular que graba conversaciones que mantiene con otros particulares sobre hechos presuntamente constitutivos de delitos, sin que en ningún momento finja o esconda su identidad ni fuerce o dirija la conversación con su interlocutor al terreno que le pueda interesar. En cambio, en los casos de "cámara oculta", el comunicador, guiado por un interés noticiable, no se identifica como tal sino que adopta una personalidad ficticia, grabando una conversación con su interlocutor mantenida en condiciones de fingida confianza, de quien extrae datos que si se hubiese identificado como periodista no hubiera obtenido. En el primer caso, no ha mediado el engaño ni la presión, y tampoco se han extraído datos que afectan a la zona más intrínseca de la personalidad; en el segundo, sí se emplean artificios rebuscados para obtener la información que se pretende.

En las sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante STC) que esgrimen los apelantes para defender sus posiciones sobre la invalidez de la prueba sonora aportada por el denunciante José Luis Peñas Domingo como complemento a su declaración inculpativa, se trata de la confrontación del derecho a la información con el derecho a la intimidad y a la propia imagen del incorrectamente entrevistado y filmado. Pero tales resoluciones no abordan la cuestión de la posible vulneración del derecho a la intimidad personal individualmente considerado, sino de manera tangencial, a modo de apéndice del derecho a la privacidad de que gozan las personas, especialmente cuando su imagen y palabras aparecen subrepticamente grabadas en un contexto profesional por alguien que no se presenta con su verdadera identidad. El caso que centra nuestra resolución, en cambio, es diferente subjetiva y objetivamente, como ya hemos adelantado y luego profundizaremos.

Las STC mencionadas por los apelantes son: la nº 12/2012, de 30-1 (ponente Adela Asúa Batarrita), sobre la furtiva filmación en la consulta de una esteticista-naturalista; la nº 17/2012, de 13-2 (ponente Francisco Javier Delgado Barrio),

sobre la grabación también oculta en el curso de una investigación periodística sobre el resurgir de la extrema derecha en nuestro país; la nº 24/2012, de 27-2 (ponente Pablo Pérez Tremps), sobre la grabación en una clínica de adelgazamiento, y la nº 74/2012, de 16-4 (ponente Pascual Sala Sánchez), sobre la asimismo disimulada filmación en una consulta de parapsicología.

En la primera de las resoluciones mencionadas (Fundamento Jurídico 5º) se critica el método de la "cámara oculta" por su inviabilidad constitucional, indicando lo siguiente:

"Una determinada forma de captación de la información, o de presentación de la misma, puede llegar a producir al mismo tiempo tanto una intromisión ilegítima en la intimidad como una vulneración del derecho a la propia imagen o, incluso, una lesión al derecho al honor, o bien puede afectar únicamente a alguno de ellos.

Así, en el presente caso, la dimensión lesiva de la conducta se proyecta sobre el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, sin que se ponga en cuestión la posible afección del derecho al honor, porque lo que cobra relieve aquí no es el contenido estricto de la información obtenida, sino cómo se ha recogido y registrado mediante videograbación subrepticia, y el lugar donde se ha llevado a cabo, el reducto reservado de una consulta profesional.

Conforme al criterio de expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas, resulta patente que una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad.

En el caso de una grabación oculta como la que aquí nos ocupa, la captación no sólo de la imagen sino también de la voz intensifica la vulneración del derecho a la propia imagen mediante la captación incontestada de específicos rasgos distintivos de la persona que hacen más fácil su identificación".

Y en la última de tales resoluciones (Fundamentos Jurídicos 2º y 3º) se expresa lo que sigue sobre la colisión de derechos concurrentes:

"La captación videográfica inconsentida de imágenes mediante la utilización de cámaras ocultas para su posterior difusión, también inconsentida, en que aparezca plenamente identificado el afectado, no resulta necesaria ni adecuada, desde la perspectiva del derecho a la libertad de información [artículo 20.1 d) CE], al existir, con carácter general, métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla en que no queden comprometidos y afectados otros derechos con rango y protección constitucional".

"La sentencia aquí impugnada valora correctamente los datos que concurren en la presente situación, y concluye con la negación de la pretendida prevalencia de la libertad de información. Conclusión constitucionalmente adecuada, no sólo porque el método utilizado para obtener la captación intrusiva -la llamada cámara oculta- en absoluto fuese necesario ni adecuado para el objetivo de la averiguación de la actividad desarrollada, para lo que hubiera bastado con realizar entrevistas a sus clientes, sino, sobre todo, y en todo caso, porque, tuviese o no relevancia pública lo investigado por el periodista, lo que está constitucionalmente prohibido es justamente la utilización del método mismo (cámara oculta)".

B) Como ya hemos expresado, la jurisprudencia hasta ahora analizada no aborda la materia que es objeto de recurso -al contrario de lo que sostienen los apelantes-, puesto que incide en la conculcación de la esfera de la privacidad de una persona, en el marco de una investigación periodística en la que se emplean métodos de disimulación para sacar a la luz datos y noticias que sin ellos no se hubieran exteriorizado por las personas entrevistadas. En cambio, en el caso que analizamos la grabación de las conversaciones, aunque fue subrepticia también, se produjo en un marco de confianza en el que los interlocutores se manifestaron libremente, sin presiones ni provocaciones externas, y sin incidir en ámbitos íntimos afectantes a la esfera de la personalidad.

En el supuesto sometido a examen no se produce conculcación alguna de derechos constitucionales, en el marco del artículo 18.1 de la Constitución (derecho a la intimidad personal), por cuanto los sujetos afectados por las grabaciones del denunciante Sr. Peñas Domingo de forma espontánea y voluntaria se despojaron del ámbito de la propia privacidad y exteriorizaron sus puntos de vista, no siendo grabados por un tercero ajeno a la conversación sino por uno de los contertulios.

Como se explica en el auto apelado, constante e incontrovertida doctrina jurisprudencial viene manteniendo la plena adecuación a la legalidad del modo de actuar del denunciante, precisamente porque no se observa que en las grabaciones de conversaciones que efectuó fingiera ser otra persona, o se incitara al contertulio a decir lo que no quería expresar, o que éste exteriorizara aspectos de su vida íntima sujetos a especial protección.

Abundante jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, viene avalando tal práctica privada de inicial averiguación de presunta actividad delictiva, como seguidamente expondremos.

a) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

1.- La paradigmática STC nº 114/1984, de 29-11 (ponente Luis Díez-Picazo y Ponce de León), en sus Fundamentos Jurídicos 7º y 8º estableció las líneas básicas, que luego se han mantenido en el tiempo, sobre la distinción entre la grabación de una conversación "de otros" y la grabación de una conversación "con otros". Se indica lo siguiente:

"El derecho al "secreto de las comunicaciones...salvo resolución judicial" no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del "secreto"- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo).

No hay "secreto" para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 CE la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el

presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones.

Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado".

"En la conversación telefónica grabada por el interlocutor del hoy demandante de amparo no hubo, por razón de su contenido, nada que pudiera entenderse como concerniente a su "vida íntima" (artículo 7.1 LO 1/1982) o a su "intimidad personal" (artículo 18.1 CE), de tal forma que falta el supuesto normativo para poder configurar como grabación ilegítima la obtenida de la conversación que aquí se considera.

No constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba éste (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales). La grabación en sí -al margen su empleo ulterior- sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético "derecho a la voz" que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún Derecho extranjero. Tal protección de la propia voz existe sólo, en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada "ad extra" y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (artículo 7.6 de la citada LO 1/1982: "utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga")".

2.- La STC nº 70/2002, de 34 (ponente Fernando Garrido Falla), en su Fundamento Jurídico 9º, reitera la doctrina marcada en la anterior sentencia 114/1984, al decir que:

"Nuestra jurisprudencia al respecto -desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ7- puede resumirse en los siguientes puntos: Se garantiza la impenetrabilidad de la comunicación para terceros; sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar

su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma" (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ7)".

3.- Y más recientemente, la STC nº 56/2003, de 24-3 (ponente Elisa Pérez Vera), en su Fundamento Jurídico 3º, vuelve a apoyarse en la primera sentencia citada, y por tanto en la doctrina que instituyó, al expresar que:

"Por otra parte, en la citada STC 114/1984, de 29 de noviembre, ya señalábamos que "no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 CE la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aún considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones" (FJ 7). Más adelante también se indicaba que "Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera "íntima" del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 CE. Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el artículo 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (artículo 18.1 CE). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este sólo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex artículo 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera

íntima personal ex artículo 18.1, garantía ésta que, "a contrario", no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana".

b) Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La línea jurisprudencial iniciada por el Tribunal Constitucional viene siendo desarrollada desde entonces por diversas sentencias del Tribunal Supremo (en adelante STS) cuando abordan la materia cuestionada por los apelantes, manteniendo un criterio totalmente opuesto a la tesis de éstos, como seguidamente comprobaremos.

1.- La STS nº 727/2011, de 6-7 (ponente Diego Ramos Gancedo), al resolver un recurso de casación derivado de la comisión de los delitos de acusación falsa y falso testimonio, en su Fundamento Jurídico 3º indica:

"El Tribunal Constitucional había establecido en la sentencia nº 114/1984 de 29 de noviembre de 1984 que para que pueda hablarse de violación del secreto de las comunicaciones es imprescindible que la intervención se produzca por quienes son ajenos a la comunicación misma. Así, decía que "...no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 de la CE la retención por cualquier medio del contenido del mensaje...". Y que "...Quien graba una conversación de otros atenta...al derecho reconocido en el artículo 18.3 de la CE. Por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado...". La STS de 11 de mayo de 1994 se hizo eco de este criterio al establecer que es el propio interesado quien exterioriza sus pensamientos sin coacción de ninguna especie, y que el artículo 18.3 de la CE no garantiza el mantenimiento del secreto de lo que un ciudadano comunica a otro. La STS de 1 de marzo de 1996 estableció (en un caso de delito de tráfico de estupefacientes) que era válida la grabación hecha por un particular porque "...la cuestión de la validez de una grabación subrepticia de una conversación entre

cuatro personas realizada por una de ellas sin advertírsele a los demás, no ataca a la intimidad ni al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que las manifestaciones realizadas representaban la manifestación de voluntad de los intervinientes que fueron objeto de grabación de manera desleal desde el punto de vista ético pero que no traspasan las fronteras que el ordenamiento jurídico establece para proteger lo íntimo y secreto. El contenido de la conversación pudo llegar al proceso por la vía de su reproducción oral si alguno de los asistentes recordaba fielmente lo conversado o mediante la entrega de la cinta que recogía textualmente, con mayor o menor calidad de sonido, el intercambio de palabras entre todos los asistentes. Cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico...".

Si el testigo de referencia se provee de una grabación y aporta la cinta al Juzgado, cumplidos los restantes requisitos (disponibilidad, acreditación de ausencia de manipulación, transcripción con la fe del Secretario Judicial, etc.), esa referencia quedará evidentemente reforzada".

2.- La STS nº 682/11, de 24-6 (ponente Francisco Monterde Ferrer), referida a hechos constitutivos de delitos contra la libertad sexual, en su Fundamento Jurídico 6º hace mención a otras sentencias del mismo órgano judicial donde asimismo se ha mantenido la misma postura:

"La jurisprudencia ha señalado que la grabación que un particular haga de sus propias conversaciones, telefónicas o de otra índole, no suponen el atentado al secreto de las comunicaciones (STS de 20-2-2006; STS de 28-10-2009, núm. 1051/2009). E igualmente ha precisado la STS de 25-5-2004, núm. 684/2004 que las cintas grabadas no infringen ningún derecho, en particular el artículo 18.3 CE, debiendo distinguir entre grabar una conversación de otros y grabar una conversación con otros. Pues no constituye violación de ningún secreto la grabación de un mensaje emitido por otro cuando uno de los comunicantes quiere que se perpetúe.

Además, -como recuerda la STS de 11-3-2003 núm. 2190/2002-, la STS de 1-3-96, ya entendió que no ataca el derecho a la intimidad, ni al secreto de las

comunicaciones, la grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas, realizada por una de ellas. Y la STS 2/98 de 29 de julio, dictada en la causa especial 2530/95, consideró que tampoco vulneran tales derechos fundamentales las grabaciones magnetofónicas realizadas por particulares de conversaciones telefónicas mantenidas con terceras personas, ya que el secreto de las comunicaciones se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado.

Finalmente, cabe traer a cuenta que la STS 9-11-2001, núm. 2081/2001, precisa que, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala en sentencias como la de 30-5-1995 y 1-6-2001, el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro. Aunque esta perpetuación se haya hecho de forma subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje y aunque éste haya sido producido en la creencia de que el receptor oculta su verdadera finalidad, no puede ser considerado el mensaje secreto e inconstitucionalmente interferido: no es secreto porque ha sido publicado por quien lo emite y no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el artículo 18.3 CE, porque lo ha recibido la persona a la que materialmente ha sido dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto. Cosa completamente distinta es que el mensaje sea luego utilizado por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor, pero esto no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue. Es por ello por lo que no puede decirse que, con la grabación subrepticia de la conversación de referencia se vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y que tal infracción deba determinar la imposibilidad de valorar las pruebas que de la grabación se deriven".

3.- La STS nº 239/2010, de 24-3 (ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), en el enjuiciamiento de un caso de apropiación indebida, reproduce la línea jurisprudencial que examinamos en su Fundamento Jurídico 3º, poniendo énfasis en el derecho al secreto de las comunicaciones, con la novedad de referirse igualmente a la obligación legal de denunciar ciertos hechos con apariencia delictiva de que se tenga conocimiento. Dice así:

"Es reiterada jurisprudencia del T.C., seguida por el T.S. e iniciada por la sentencia del T.C. nº 114/1984

de 29 de noviembre, la que establece que el derecho al secreto de las comunicaciones salvo resolución judicial no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto, como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado. Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado. No hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 CE la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje.

Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera íntima del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 CE. Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el artículo 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (artículo 18.1 CE). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Añadiendo que si "se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de

los interlocutores o de los corresponsables ex artículo 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex artículo 18.1, garantía ésta que, a contrario, no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana".

Doctrina que ha sido seguida en sentencias como la del T.C. nº 56/2003 de 24 de marzo y sentencias del T.S. de 11 de mayo de 1994, 30 de mayo de 1995 y 20 de mayo de 1997, exponiendo esta última que: a) "no existe una vulneración del derecho a la intimidad cuando el propio recurrente es el que ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie; tal exteriorización demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás; pretender que el derecho a la intimidad alcanza inclusive al interés de que ciertos actos, que el sujeto ha comunicado a otros, sean mantenidos en secreto por quien ha sido destinatario de la comunicación, importa una exagerada extensión del efecto horizontal que se pudiera otorgar al derecho fundamental a la intimidad; dicho en otras palabras: el artículo 18 CE no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro", y b) "pretender que la revelación realizada por el denunciante de los propósitos que le comunicaron los acusados vulnera un derecho constitucional al secreto, carece de todo apoyo normativo en la Constitución; de ello se deduce sin la menor fricción que la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad del recurrente; la Constitución y el Derecho ordinario, por otra parte, no podrían establecer un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma; en principio, tal derecho resulta rotundamente negado por la obligación de denunciar que impone a todos los ciudadanos el artículo 259 de la L.E.Cr., cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por ninguno de los sujetos del presente proceso".

En definitiva, la grabación por uno de los interlocutores de la conversación no conculca derecho

alguno impuesto por el artículo 18.3 CE, quien graba una conversación "de otro" atenta independientemente de toda otra consideración al derecho reconocido en el artículo 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación "con otro" no incurre por este solo hecho en conducta contraria al precepto constitucional citado.

Por ello no constituye contravención alguna al secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación, que graba ésta -que graba también, por tanto, sus propias manifestaciones personales-; la grabación en sí, al margen de su empleo ulterior, sólo podría constituir un delito sobre la base del reconocimiento de un hipotético "derecho a la voz", que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún Derecho extranjero.

Esta doctrina está consolidada en la jurisprudencia de esta Sala Segunda en sentencias de 11.5.94 y 30.5.95 que, tras aludir a la sentencia del Tribunal Constitucional 114/84, precisan que "el secreto de las comunicaciones, recogido como derecho fundamental de la persona en el tan repetido artículo 18.3 CE, en un caso como el aquí examinado, no alcanza a aquél con quien se conversa y a quien libremente el interlocutor ha decidido manifestarle lo que ha considerado oportuno, sino que se refiere al tercero que, ajeno a la conversación, la intercepta de cualquier modo.

Tal secreto no puede referirse a hechos como el presente en que un ciudadano obtiene una fuente de prueba respecto de un delito basado en la conversación que mantiene con el presunto autor...si hay obligación de denunciar los delitos de que un particular tenga conocimiento (artículos 259 y siguientes de la L.E.Cr.), ha de considerarse legítimo que el que va a denunciarlo se provea de algún medio de acreditar el objeto de su denuncia, incluso aunque ello sea ocultando el medio utilizado respecto del delincuente a quien se desea sorprender en su ilícito comportamiento (salvo el caso del llamado delito provocado), siempre que el medio sea constitucionalmente lícito y no integre, a su vez, una infracción criminal.

El contenido de la conversación pudo llegar al proceso por la vía de su reproducción oral si alguno de los asistentes recordaba fielmente lo conversado o mediante la entrega de la cinta que recogía textualmente, con mayor o menor calidad de sonido, el intercambio de palabras entre todos los asistentes.

Cuando una persona emite voluntariamente una opinión o secreto a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico.

Postura ésta ya definitivamente consolidada en las SS. 27.11.97 y 18.10.98 en cuyo Fundamento de Derecho Primero se destaca que "si la grabación de conversaciones telefónicas sostenidas por otros, no autorizada judicialmente, implica vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, protegido en el núm. 3 del artículo 18 de la CE, la grabación de una conversación telefónica mantenida con otro por el que la recoge magnetofónicamente, no integra lesión del mencionado derecho fundamental". En conclusión, la doctrina sentada por esta Sala, STS de 1.6.2001, explica que el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro. Aunque esta perpetuación se haya hecho de forma subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje y aunque éste haya sido producido en la creencia de que el receptor oculta su verdadera finalidad, no puede ser considerado el mensaje secreto e inconstitucionalmente interferido: no es secreto porque ha sido publicado por quien lo emite y no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el artículo 18.3 CE, porque lo ha recibido la persona a la que materialmente ha sido dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto. Cosa completamente distinta es que el mensaje sea luego utilizado por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor, pero esto no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue. Es por ello por lo que no puede decirse que, con la grabación subrepticia de la conversación de referencia se vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y que tal infracción deba determinar la imposibilidad de valorar las pruebas que de la grabación se deriven.

Por lo tanto, en principio, puede afirmarse la aptitud probatoria del contenido de la grabación, sin perjuicio, claro está, de la valoración que pueda concedérsele al mismo y en particular, en relación sobre su autenticidad o sobre el valor incriminatorio de la conversación grabada".

4.- La STS n° 208/2006, de 20-2 (ponente Francisco Monterde Ferrer), en un supuesto en el que se enjuiciaba actos constitutivos de los delitos de cohecho e infidelidad en la custodia de documentos judiciales, admite la ilegítima injerencia sólo si concurre intromisión en la vida íntima de la persona grabada. En su Fundamento Jurídico 1° dice lo siguiente:

"El TC (Cfr. STC de 29 de noviembre, núm. 114/1984), ha indicado que "no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 CE la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes, no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera "íntima" del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 CE. Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el artículo 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado.

Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este sólo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado.

Y el mismo TC en otras resoluciones (Cfr. STC 24-3-2003, núm. 56/2003) ha añadido que "no existe vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones cuando fue uno de los interlocutores en la comunicación telefónica (el denunciante del chantaje al que se encontraba sometido) quien autorizó expresamente a la Guardia Civil a que registrara sus conversaciones para poder determinar así el número desde el que le llamaban, al no contar con aparato técnico para ello".

5.- La STS nº 1354/2005, de 16-11 (ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), en un caso de delito de tráfico de drogas, aborda -entre otras cuestiones- la problemática de las declaraciones no espontáneas grabadas, que no son susceptibles de constituir prueba válidamente obtenida y que no constituyen lesiones de los derechos a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones. Su Fundamento Jurídico 2º establece:

"La norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado.

En base a ello la Sala de instancia desestimó la pretensión del hoy recurrente, recogiendo la doctrina sentada por el TC, S 114/84 de 29/11, que denegó el amparo por considerar que el derecho al "secreto de las comunicaciones...salvo resolución judicial" no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Más adelante, sigue diciendo el Tribunal Constitucional "no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 CE la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención, la grabación en este caso, podrá ser en muchos casos el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista, puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las conversaciones". Ocurre, en efecto, que el concepto del secreto en el artículo 18.3 tiene un contenido en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo, o lo reservado...quien emplea durante su conversación un aparato que permita copiar aquella conversación no está violando el secreto de las comunicaciones, salvo que entrase en la esfera íntima del interlocutor, artículo 18.1.

La grabación por ello, de los interlocutores de la grabación no conculca acto alguno impuesto por el artículo 18.3. Quien graba una conversación "de otro", atenta, independientemente de toda otra consideración,

al derecho reconocido en el artículo 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación "con otro" no incurre por este solo hecho en conducta contraria al precepto constitucional citado. Esta doctrina ha sido reiterada también en la STC 70/2002 de 3.4, que precisa que el "artículo 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente", y que "la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos", de modo que la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación".

En definitiva, no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba éste (que graba también, por tanto, sus propias manifestaciones personales); la grabación en sí, al margen de su empleo ulterior, sólo podrá constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético "derecho a la voz" que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún Derecho extranjero.

Esta doctrina está considerada en la jurisprudencia de esta Sala Segunda, que en las SS. de 11.5.94 y 30.5.95, tras aludir a la sentencia del TC 114/84, precisaban "el secreto de las comunicaciones, recogido como derecho fundamental de la persona en el tan repetido artículo 18.3 CE, no alcanza a aquel con quien se conversa y a quien libremente el interlocutor ha decidido manifestarle lo que ha considerado oportuno, sino que se refiere al tercero que, ajeno a la conversación la intercepta de cualquier modo, que es lo que ahora constituye la conducta delictiva del artículo 197.

Es cierto que la sentencia de esta Sala de 1.3.96, declaró la nulidad de una confesión contenida en una grabación, pero se trataba de una conversación no surgida espontáneamente y dichas manifestaciones se hicieron de manera provocada y con la exclusiva intención de presentarlas como prueba en las diligencias en curso y sin estar revestidas de las garantías que aporta la intervención del Juez y del Secretario Judicial y la advertencia de los derechos a no declarar y a no confesarse culpable.

Pero a pesar de ello sí tuvo en cuenta las declaraciones de las personas que realizaron la grabación y comparecieron al acto del juicio oral e incluso en el Fundamento de Derecho Primero llegó a precisar que "la cuestión de la validez subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizada por una de ellas sin advertírsele a los demás, no ataca a la intimidad ni al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que las manifestaciones realizadas representaban la manifestación de voluntad de los intervinientes que fueron objeto de grabación de manera desleal desde el punto de vista ético pero que no traspasan las fronteras que el ordenamiento jurídico establece para proteger lo íntimo y secreto. El contenido de la conversación pudo llegar al proceso por la vía de su reproducción oral si alguno de los asistentes recordaba fielmente lo conversado o mediante la entrega de la cinta que recogía textualmente, con mayor o menor calidad de sonido, el intercambio de palabras entre todos los asistentes. Cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico".

Postura ésta ya definitivamente consolidada en las SS. 27.11.97 y 18.10.98, en cuyo Fundamento de Derecho Primero se destaca que "si la grabación de conversaciones telefónicas sostenidas por otros, no autorizada judicialmente, implica vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, protegido en el núm. 3 del artículo 18 de la CE, la grabación de una conversación telefónica mantenida con otro por el que la recoge magnetofónicamente, no integra lesión del mencionado derecho fundamental".

6.- La STS nº 386/2002, de 27-2 (ponente Enrique Abad Fernández), en un caso de proposición de asesinato, recoge en su Fundamento Jurídico 1º lo siguiente, que incluye el interés del Estado en perseguir todo género de delincuencia mediante métodos validados legalmente:

"Además que, como se dice en la sentencia 977/1999, de 17 de junio, citando la de 11 de mayo de 1994, "la grabación de las palabras de los acusados realizadas por el denunciante con el propósito de su posterior revelación, no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad del recurrente". Ya

que "no se alcanza a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos".

También en la sentencia 1215/1999, de 12 de julio, ahora con referencia a la de 1 de marzo de 1996, se recuerda que la Sala admite la legitimidad de la grabación subrepticia de una conversación entre personas realizada por una de ellas sin advertírsele a las otras, puesto que cuando alguien emite voluntariamente sus opiniones y revela sus secretos, sabe que se despoja de su intimidad respecto a otros, "quienes podrán usar su contenido sin incurrir en ningún tipo de reproche jurídico".

7.- La STS nº 710/2000, de 6-7 (ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón), en el caso de robo con homicidio conocido como el del "Padre Coraje", establece en su Fundamento Jurídico 5º que:

"Debe recordarse que el Tribunal Constitucional en su STC 114/1984, de 29 de noviembre, señala que "no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones, la conducta del interlocutor en la conversación que graba éste"; asimismo la sentencia de esta Sala de 20 de mayo de 1997 señala que "no existe vulneración del derecho a la intimidad cuando es el propio recurrente quien ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie", y que "la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción ni a la intimidad del recurrente".

Este mismo criterio es acogido por la sentencia de 1 de marzo de 1996 al señalar que "cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico", añadiendo que el contenido de una conversación puede llegar al proceso por la vía de su reproducción oral si alguno de los asistentes recuerda fielmente lo conversado, o mediante la entrega de una cinta que recoja textualmente, con mayor o menor calidad de sonido, el intercambio de palabras entre los asistentes.

En consecuencia, no cabe apreciar, en principio, que la grabación de una conversación por un interlocutor

privado implique la violación de un derecho constitucional, que determine la prohibición de valoración de la prueba así obtenida”.

8.- Por último, una elocuente muestra de la vigencia de la doctrina jurisprudencial expuesta es la reciente STS nº 298/13, de 13-3 (ponente Antonio del Moral García), donde se enjuiciaba la perpetración de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, al indicar en su Fundamento Jurídico 1º que:

“La utilizabilidad de ese medio de prueba no queda supeditada a la conformidad en la grabación de todos los partícipes o contertulios; ni a la ausencia de toda connotación subrepticia o de engaño u ocultación por parte de quien dispone lo necesario para lo fijación en un soporte de la conversación. Es suficiente que uno de los comunicantes o interlocutores preste su consentimiento para la intervención y grabación por un tercero para que resulte inoperante la cláusula de exclusión del artículo 11 LOPJ. Es un elemento probatorio valorable. Sólo la escucha o grabación por un tercero sin autorización de ninguno de los comunicantes ni de la autoridad judicial convierte en inutilizable ese medio probatorio.

Esas conclusiones son las que cabalmente se derivan de la lectura tanto de la citada STC 114/1984, de 29 de noviembre, como de la más cercana en el tiempo STC 56/2003, de 24 de marzo, invocadas ambas en la muy bien construida sentencia de la Audiencia”.

C) Con el anterior recorrido jurisprudencial, basado en el previo y sólido estudio realizado por el Magistrado Instructor en el auto recurrido y por el Ministerio Fiscal en su informe impugnando los recursos formulados, este Tribunal rebate contundentemente las tesis de los apelantes acerca de la pertinencia de la expulsión del procedimiento de las grabaciones efectuadas por el inicialmente denunciante (ahora imputado) José Luis Peñas Domingo sobre las conversaciones que mantuvo durante el período que transcurre desde marzo de 2006 hasta octubre de 2007 con varios de los también imputados. Reiteramos que a tales grabaciones no les afecta la tacha de nulidad e ilicitud que les atribuyen los recurrentes, prevista en el artículo 11.1 inciso segundo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto no apreciamos la alegada violación, directa ni indirecta, de derechos fundamentales (especialmente los derechos a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones, consagrados en el artículo 18.1 y 3 de la Constitución), al no mediar incitación, presión o provocación

en el proceso de manifestación de los contertulios, que voluntariamente renunciaron a su privacidad al exteriorizar sus opiniones y sus acciones con visos de delictivas, en un ámbito tan sensible como el de la presunta corrupción residenciada en los aledaños del poder político.

También hemos observado que en ningún momento se aprecia que en esas conversaciones se haya adentrado en los contornos de la injerencia íntima, que sí hubiera podido requerir de una especial preservación judicial, puesto que los interlocutores hablan de materias relacionadas con sus particulares negociaciones tendentes, indiciariamente, a la obtención de anómalas ventajas económicas a través del aprovechamiento de las relaciones personales con determinados dirigentes políticos, también beneficiarios muchas veces de las ilícitas ganancias generadas.

TERCERO.- Una vez abordada la materia central de los recursos de apelación formulados, resta por analizar determinados aspectos colaterales, asimismo trascendentes, que se contienen en los recursos interpuestos. A ello dedicaremos este apartado.

A) Por lo que se refiere a las menciones que se hacen en los recursos sobre el procedimiento utilizado por el Magistrado Instructor para abordar la cuestión de nulidad que finalmente resolvió, tal vez alentados por las consideraciones que realiza el propio Instructor en los dos primeros Razonamientos Jurídicos de la resolución combatida, este Tribunal considera que no debe posicionarse, puesto que ya lo hizo en su reciente auto de fecha 7-5-2013, que propició que las partes se pronunciaran sobre la solicitud de nulidad planteada y dio lugar al dictado del auto apelado de fecha 24-5-2013.

En cualquier caso, no deseamos pasar la ocasión de manifestar nuestra extrañeza (como ya lo hiciera el Magistrado Instructor) acerca de que hayan tenido que transcurrir tres años y seis meses desde que se alzó el secreto de las actuaciones (28-9-2009) para que una de las partes, a la que luego han secundado otras muchas, planteara (el 8-3-2013) la nulidad de las primeras diligencias practicadas, a pesar de las oportunidades procesales que les fueron ofrecidas desde el inicio de su presencia activa en la causa. De ello podemos racionalmente inferir la debilidad de los argumentos en que basaron sus pretensiones anulatorias del procedimiento.

B) En cuanto a la inexistencia de obligación legal por el Sr. Peñas Domingo para denunciar los hechos, por el cauce del artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que conlleva -a juicio de los recurrentes- la declaración como espuria de su actuación, primero ante la Policía y luego ante la Fiscalía y en el Juzgado, tampoco podemos acoger tal argumentación, sostenida por los recurrentes. Éstos se basan en una interpretación rigorista y descontextualizada del referido precepto legal. Es lo cierto que la literalidad del mencionado artículo 259 hace referencia a la obligación de denunciar que tienen las personas que "presencian" la perpetración de un delito. Sin embargo, una interpretación finalista y sistemática de la norma aludida conlleva la extensión de tal deber de denunciar a cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de un hecho con visos de delictivo. Ello es lo que ha acaecido en esta causa, respecto a la cual debemos reiterar que no apreciamos conducta espuria o anómala del denunciante, sino ánimo de esclarecer hechos con apariencia de delictivos, habiendo acudido con su Abogado a la sede policial a formular denuncia sobre tales hechos, cuya denuncia luego ratificó y complementó, primero ante el Ministerio Fiscal y después ante el Magistrado Instructor, no habiendo obtenido ventajas con ello, pues su condición posteriormente se transformó en la de imputado.

Al respecto, hemos de añadir que lo realmente trascendente en el desarrollo de las tareas de investigación desarrolladas de las que aquí tratamos, es la declaración de José Luis Peñas Domingo como testigo de importantes revelaciones de los implicados en actos presuntamente delictivos, cuyas manifestaciones se encuentran reforzadas por las grabaciones obtenidas y corroboradas por las demás diligencias de comprobación practicadas. Ninguna de ellas están proscritas por las leyes y su valoración probatoria se hará, en su caso, en un estadio procesal posterior al actual.

C) Sobre la conveniencia de investigar la actuación del Sr. Peñas Domingo por las grabaciones de conversaciones con otros imputados que realizó, ello resulta un contrasentido, pues supondría transmutar en sujeto investigado a quien ofrece la noticia y los datos de la posible comisión delictiva. Si así se actuara en todos los procedimientos en los que medie denuncia, se produciría en un mismo procedimiento una situación de dualidad de investigaciones y de crisis procesal de consecuencias dilatorias impredecibles.

En el caso de autos, repetimos que no observamos en el inicial denunciante las conductas irregulares que le atribuyen los recurrentes y los adheridos a los recursos, sino actuaciones enmarcadas en el deber de denunciar que tiene

cualquier particular cuando tiene noticia de la perpetración de un delito, independientemente de su admitida expulsión del partido político en que militaba. Una actitud de pasividad hubiera supuesto la probable impunidad de hechos graves de enorme contenido económico y que afectan a estratos dirigentes de la sociedad, cuya pureza y honestidad es lícito y necesario reclamar, a la vez que reprimir las conductas criminales que hayan podido cometerse.

D) Finalmente, acerca de las actuaciones de comprobación de la posible manipulación de las cintas grabadas y de la ruptura de la cadena de custodia de las mismas, el propio Instructor ha manifestado que constituye materia que pende de informes periciales ya acordados. Por lo que no es éste el momento procesal oportuno para pronunciarnos, especialmente porque no tenemos elementos de juicio para ello y el Magistrado Instructor no ha tenido ocasión de expresarse. Será, en su caso, en ulteriores fases procesales cuando podamos explicar nuestro parecer por la vía de revisión de lo instruido, una vez se acumulen los elementos de conocimiento que se están elaborando.

CUARTO.- En consecuencia de todo lo anterior, procede desestimar los recursos de apelación formulados, con declaración de oficio de las costas procesales generadas en esta segunda instancia.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Que **desestimamos** los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los imputados **Francisco Correa Sánchez, Antoine Sánchez y Pablo Crespo Sabarís**, contra el auto dictado el día 24 de mayo de 2013 por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 en las Diligencias Previas nº 275/08, que denegó la solicitud de nulidad y declaración de ilicitud de prueba planteada por la representación del primero de los imputados nombrados en escrito presentado el día 8 de marzo de 2013. Por lo que confirmamos íntegramente aquella resolución, con declaración de oficio de las costas procesales de esta alzada.



Contra el presente auto no cabe formular recurso ordinario alguno.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas, y remítase testimonio al Juzgado Central de Instrucción nº 5, a los efectos que correspondan.

Así, por este auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.